

UNIVERSITÉ DE PARIS. -- FACULTÉ DE DROIT

DES
DIFFÉRENTES SURETÉS PERSONNELLES
ET DE LEUR ÉVOLUTION FAVORABLE
A l'Application de la Solidarité

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 12 Juin 1900, à 8 heures 1/2

PAR

VASILE V. STÉFAN

Président : M. SALEILLES.

Suffragants : { MM. MASSIGLI, }
 { THALLER, } *Professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

THESE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
DIFFÉRENTES SURETÉS PERSONNELLES
ET DE LEUR ÉVOLUTION FAVORABLE
A l'Application de la Solidarité

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

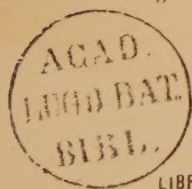
Sera soutenu le Mardi 12 Juin 1900, à 8 heures 1/2

PAR

VASILE V. STÉFAN

Président : M. SALEILLES.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, } Professeurs.
 { THALLER, }*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

A LA MÉMOIRE DE MES PARENTS

DES DIFFÉRENTES SURETÉS PERSONNELLES

ET DE LEUR ÉVOLUTION FAVORABLE

A L'APPLICATION DE LA SOLIDARITÉ

INTRODUCTION

Dans la pratique des affaires, lorsqu'on demande à un capitaliste de faire une avance d'argent, il y consent rarement sur le simple engagement du débiteur; il exige presque toujours une garantie contre l'insolvabilité possible de celui qui le sollicite. Cette garantie lui est fournie par deux moyens que le code civil a également prévus.

Pour donner pleine sécurité au créancier, le débiteur ou un tiers affecte spécialement à la garantie de l'obligation un objet, meuble ou immeuble, ou encore lui concède un droit réel sur

un immeuble : dans le premier cas, il y a nantissement; hypothèque dans le second; et dans les deux hypothèses on dit qu'une sûreté réelle a été fournie au créancier.

Ou bien encore une ou plusieurs personnes accèdent à l'obligation du débiteur principal, et décident ainsi le créancier à accorder au débiteur le crédit demandé, que celui-ci n'aurait pu obtenir sur sa seule solvabilité, c'est alors une sûreté personnelle qui est procurée au créancier.

Les sûretés personnelles peuvent affecter deux formes, celle de la solidarité ou celle du cautionnement.

La première existe quand deux ou plusieurs personnes s'obligent principalement au payement de la totalité de la même dette. « Il y a solidarité nous dit l'art. 1.200 C. civ. de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le payement fait par un seul libère les autres envers le créancier. »

La seconde apparaît quand, à une obligation déjà née, vient s'ajouter accessoirement une autre, par laquelle une personne s'oblige à désintéresser le créancier, si le débiteur principal n'y satisfait pas lui-même (art. 2011 C. civ.).

La distinction essentielle entre ces deux modes de sûretés personnelles réside dans le fait : en

matière de solidarité l'engagement du débiteur solidaire est principal, tandis qu'en matière de cautionnement, l'obligation de la caution n'est qu'accessoire ; aussi les bénéfices qui sont accordés à la caution par les art. 2021 et 2026 C. civ., ne sont-ils pas admis en faveur du débiteur solidaire.

On oppose aux sûretés personnelles les sûretés réelles, et la différence qui les sépare est grande.

Celui qui fournit une sûreté réelle pour la dette d'autrui, ne contracte aucun engagement personnel ; il n'est tenu que « *propter rem* » ; c'est le bien ainsi affecté qui répond de son obligation, de sorte que, l'abandon de ce bien au créancier, ou la perte de la propriété qu'il avait sur cette chose, le libère complètement.

Toute autre est la situation de celui qui procure une sûreté personnelle, qui s'engage comme caution, ou solidairement pour une autre personne ; dans cette hypothèse, nous sommes alors en présence d'un engagement personnel, qui, aux termes de l'article 2092 du Code civil, oblige celui qui l'a pris à remplir son engagement sur tous ses biens ; et l'obligation ainsi constituée passe à ses héritiers.

On voit par ce qui précède, que l'obligation qui pèse sur le tiers qui fournit la garantie est

plus lourde en matière de sûreté personnelle que celle qui résulte d'une garantie réelle.

Mais il ne serait pas exact de dire, que si l'étendue de l'obligation résultant d'une sûreté personnelle est plus lourde qu'en matière de sûreté réelle, la garantie qui en découle soit plus forte, plus complète, que dans les sûretés réelles, où l'obligation est restreinte à la chose qui en est spécialement affectée. Car, abstraction faite de l'insolvabilité qui peut se présenter tout aussi bien de la part de la caution que de la part du débiteur principal, l'art. 2092 C. civ. qui établit un droit de gage général, sur la totalité des biens de celui qui s'oblige personnellement pour lui ou pour un autre, n'empêche pas celui-ci d'aliéner tous ses biens, et par conséquent de rendre illusoire le gage de ses créanciers. Réserve faite, pour le cas de fraude, de l'action révocatoire de l'art. 1167 du Code civil.

Les sûretés réelles présentent à ce point de vue une garantie plus complète. En effet, le créancier prudent qui a exigé un droit de gage ou d'hypothèque sur un objet d'une valeur supérieure à sa créance est complètement à l'abri. L'insolvabilité future du débiteur ou du tiers lui est, pour ainsi dire, indifférente: il est payé par préférence sur le prix de la chose, et, en cas d'aliénation, son droit

de suite lui permet de suivre le bien aliéné dans les mains de tout tiers détenteur.

Nous ne nous occuperons pas dans le présent travail des sûretés réelles ; l'objet de notre étude est restreint aux sûretés personnelles et spécialement à leur évolution favorable à l'application de la solidarité. Nous nous placerons également sur le seul terrain du droit civil et nous laisserons de côté l'importante théorie de la solidarité en matière commerciale, tout en ayant soin de marquer l'influence que les usages commerciaux ont pu exercer sur l'évolution de notre matière.

Pour qu'une sûreté remplisse sa fonction économique, qui est celle d'être un instrument de crédit, il faut qu'elle présente deux qualités différentes. Envisagée au point de vue de l'intérêt du créancier, elle doit lui procurer une garantie complète, lui permettant à l'échéance de rentrer dans ses avances, il importe d'autre part qu'elle soit d'une exécution facile ; par rapport à celui qui l'a fournie elle ne doit pas entraîner pour lui une obligation par trop rigoureuse, elle ne doit pas lui imposer de trop grands risques. Si on considère ces deux qualités essentielles que toute sûreté doit présenter, il semble qu'elle ne pourra remplir d'une façon satisfaisante son rôle économique que très difficilement ; les qualités qu'on exige d'elle

tant par rapport au créancier que par rapport au débiteur paraissent inconciliables.

En effet, plus la garantie sera complète, d'une exécution facile pour le créancier et lui donnera par conséquent satisfaction, plus elle sacrifiera l'intérêt de celui qui la fournit et constituera pour lui une lourde obligation.

Par conséquent, pour qu'un contrat de garantie puisse intervenir, il faut que l'une des parties consente dans une certaine mesure à sacrifier ses prétentions au profit de celles de l'autre partie. Or, en matière de crédit, la volonté du créancier est prédominante, c'est à lui qu'il appartient de choisir la garantie qui lui plaît, et il est certain que toutes les fois qu'il sera en mesure d'imposer sa volonté, il exigera de celui qui s'oblige la garantie la plus complète.

Or, parmi les sûretés personnelles, celle qui garantit le plus efficacement les droits du créancier, c'est sans aucun doute la solidarité ; ce sera donc elle, ou une sûreté analogue que le créancier exigera. C'est vers la solidarité par conséquent que les sûretés personnelles tendront à s'orienter dans la pratique des affaires, et cette tendance sera d'autant plus manifeste que la situation juridique des caution et législation sera meilleure.

PLAN DE NOTRE ÉTUDE

Avant d'aborder l'étude des différentes sûretés personnelles et leur évolution favorable à l'application de la solidarité en droit moderne, nous croyons nécessaire d'esquisser d'une façon rapide, l'évolution de ces sûretés dans le droit romain et l'ancien droit français. C'est pourquoi nous diviserons le sujet de notre thèse en deux parties.

Dans la première partie, nous montrerons l'évolution des sûretés personnelles à Rome et dans l'ancien droit français ; leur confusion primitive due à la constitution de la Société de ces temps, et au formalisme primitif ; la séparation qui s'est ensuivie sous l'influence de la jurisprudence et de la législation.

Dans la seconde, concernant le droit moderne, nous montrerons l'évolution actuelle, les causes, qui dans le droit moderne déterminent cette évolution favorable à l'application de la solidarité et les formes que les sûretés personnelles revêtent aujourd'hui.

PREMIÈRE PARTIE

ÉVOLUTION DES SURETÉS PERSONNELLES DANS LE DROIT ROMAIN ET DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER

CONFUSION DE LA SOLIDARITÉ ET DU CAUTIONNEMENT DANS LE DROIT ROMAIN.

Tant que la propriété foncière fut collective, gentilice ou familiale, et que la vie juridique des Romains, ne put se manifester que sous le formalisme rigoureux des premiers temps, le cautionnement, en tant qu'engagement accessoire, n'exista pas.

Pour l'époque du très ancien droit romain, comme le dit l'éminent et regretté maître M. Labbé, « les hommes ont commencé par vivre d'une vie

juridique collective. Le droit a reconnu l'existence, la capacité à des groupes solidarisés, non aux individus qui les composaient (1). »

Aussi pour cette période du droit romain ne peut-il être question d'un engagement individuel ; à plus forte raison, d'un engagement accessoire.

Ce n'est que lorsque la constitution d'un droit individuel fut rendu possible, par la dissolution de la solidarité qui existait entre les *Gentiles*, lorsque la propriété de collective fut devenue individuelle par le développement de la personnalité, qu'on put songer à un engagement individuel. Même lorsque l'individu eut conquis sa place dans le droit romain, le cautionnement considéré comme engagement accessoire ne fut pas de suite trouvé.

Dans les premiers temps de Rome, les Romains ne connaissaient qu'un seul contrat, le contrat *verbis* unilatéral et solennel. Toute convention, pour produire des effets juridiques, devait à cette époque être formulée suivant la *forme consacrée*. Dans ce contrat la parole une fois prononcée a sa valeur par elle-même, l'intention des parties est de nulle considération « *Uti lingua moneoposil,*

(1) Préface à l'ouvrage de M. Cuq. *Institutions juridiques des Romains*.

ita jus esto » ; celui qui prononçait un engagement dans cette forme solennelle, était toujours obligé à titre principal.

C'est la conséquence logique du formalisme primitif. Dans le droit romain, comme dans le droit germanique, qu'il s'agisse de créer le droit, de le transférer, ou de le réaliser, la forme omnipotente s'impose à l'homme. C'est un besoin pour les peuples primitifs de matérialiser leurs pensées, de les rendre sensibles par des signes extérieurs, « l'esprit resserré dans les liens de l'idée sensible prend son cours vers des moyens d'expressions sensibles, appelle à son aide les images du langage, forge les symboles de ses idées, emploie l'action pour rendre d'une façon sensible et plastique ses sentiments, ses dispositions, ses aspirations, ses résolutions. Pour eux, l'invisible devient visible ; ce qui est éloigné se rapproche ; ce qui est interne apparaît à la surface. Telle est la langue que ces peuples comprennent, et au moyen de laquelle ils rachètent leur impuissance à penser et à parler d'une manière abstraite » (1).

Le cautionnement, comme tout autre contrat, s'effectuait à Rome au moyen du contrat solennel verbal. « Le cautionnement a commencé par se réaliser à Rome au moyen du contrat verbal, qui

(1) Ihering. *Esprit de droit romain*, III p. 197 et suiv.

d'ailleurs a probablement servi moins tôt à faire naître une dette accessoire à côté de la dette principale, qu'à faire naître en même temps la dette principale de plusieurs codébiteurs correaux » (1).

En effet l'*intercessio* se pratiquait primitivement sous la forme stipulatoire et interrogative de la *Sponsio* pour les citoyens romains, ou de *fidepromissio* pour les pérégrins. A la demande du créancier qui interpellait successivement les différentes cautions, *idem spondesne*, *idem fidepromitisne* les cautions répondaient *spondeo*, *fidepromitto*.

Les *sponsores* ou *fidepromissores*, intervenaient *in ipso negotio* et, ayant promis *idem*, il en résultait que leur obligation avait la même étendue que celle du débiteur principal : elle était donc principale au même titre que celle du débiteur principal ; valable alors même que l'obligation de ce dernier serait nulle ; en un mot leur situation juridique était celle des débiteurs correaux. « Les cautions et le débiteur principal étaient comme les codébiteurs solidaires *duo rei ejusdem obligationis* (2). »

C'est ainsi, qu'ils répondaient chacun de la tota-

(1) M. Girard. *Droit romain*, p. 733.

(2) M. Gérardin. *Etude sur la solidarité en droit romain* (*Nouvelle Revue historique*, 1884, p. 239).

lité de la dette, et que le créancier pouvait les poursuivre avant le débiteur principal. Ces effets résultaient, non seulement, de la nature de leur engagement formel, mais aussi de la nécessité imposée au créancier par les règles de la *litis contestatio*, qui ne lui permettaient pas, une fois la formule délivrée, d'intenter pour le même objet une nouvelle action contre une autre personne. Le créancier était forcé de poursuivre la caution d'abord, lorsque la solvabilité du débiteur était douteuse ; autrement, il voyait son droit éteint sans aucun profit pour lui.

Ainsi donc, même lorsque la personnalité juridique individuelle des Romains se fut développée, le formalisme verbal primitif, ne permit pas que le caractère accessoire du cautionnement puisse se dégager.

A cette époque, la confusion de la solidarité et du cautionnement est parfaite ; c'est la solidarité qui remplit le rôle de sûreté personnelle. Primitivement, la *sponsio* intervenait entre personnes intéressées à l'affaire, entre les membres de la même *gens* ou de la même famille. C'est pour cette raison, croyons-nous, qu'aucun recours n'était accordé aux *sponsores* qui avaient acquitté la dette, contre le débiteur seul intéressé, car le profit était présumé commun. Ce ne fut que plus tard, vers 427, qu'une loi *Publilia* donna aux

sponsores qui avaient payé et qui n'avaient pas été remboursés par le débiteur principal dans les six mois, une action appelée *actio depensi*.

La seule différence qui existait alors entre la solidarité et l'obligation des *sponsores* ou *fidepromissores*, était l'intransmissibilité de l'obligation de ces derniers.

Cette intransmissibilité constitue d'ailleurs un caractère général des cautions primitives ; elle a été retrouvée chez presque tous les peuples indo-européens.

Le livre de Manou la constate parmi les institutions de l'Inde (1). Dans le droit grec les cautions sont ordinairement libérées au bout d'un an. Pour le droit franc, M. Esmein cite en ce sens deux textes, l'un emprunté à la loi des Burgondes, l'autre aux capitulaires de Louis II (2). Dans le droit coutumier, le principe est affirmé maintes fois aussi. Il se trouve dans les Assises de Jérusalem (3), dans Pierre Desfontaines, dans Beaumanoir, dans le Grand Coutumier de Normandie (4).

(1) M. Appleton. *Revue historique*, 1876.

(2) M. Esmein. *Deuxième étude sur les contrats dans le très ancien droit français*.

(3) *Ass. de Jérusalem*. Livre de Jean d'Ibelin, ch. cxxx. Cf. *Cour des Bourgeois*, ch. lxxviii (Beugnot).

(4) Pierre de Fontaines. *Conseils* IX, §, éd. Marnier. Beaumanoir XLIII, 4. *Grand Coutumier de Normandie*, ch. lx, éd. Gruchy, p. 144.

On a donné de cette intransmissibilité primitive plusieurs explications.

On a dit que celui qui cautionne rend un service d'amis et qu'il n'entend s'obliger que personnellement; par conséquent le cautionnement représente avant tout un rapport éminemment personnel, et dont la charge ne doit pas passer aux héritiers (1). M. Esmein dans son *Étude sur l'intransmissibilité première des créances et des dettes*, 1887, p. 51, abandonne l'explication qu'il avait adoptée tout d'abord et que nous avons rapportée plus haut; il soutient que « l'intransmissibilité était générale, qu'elle s'appliquait à toutes les obligations et n'avait rien de spécial au cautionnement; l'obligation du *sponsor*, du *fidepromissor* subissait simplement le sort commun de toutes les obligations. »

(1) Appleton. *Loco cit.*

CHAPITRE II

SÉPARATION DU CAUTIONNEMENT ET DE LA SOLIDARITÉ

La séparation du cautionnement et de la solidarité ne fut possible à Rome que par l'émancipation de l'individu, et l'atténuation des rigueurs du formalisme primitif.

Dans l'ancien droit, sous le régime de la copropriété de la *gens*, les obligations solidaires avaient prévalu ; mais peu à peu cette solidarité familiale disparaît, la propriété privée remplace la propriété collective, les obligations solidaires font place aux obligations individuelles.

En effet, à mesure que Rome étendait son influence, que ses conquêtes augmentaient, les institutions romaines perdaient de leur formalisme rigoureux, pour devenir plus souples, et dès lors applicables aux peuples conquis.

La *sponsio* dont la formule ne permettait pas de tenir compte de la volonté des parties, et qui faisait de la caution un véritable débiteur soli-

daire, s'adoucit ; la condition de la caution s'améliore. Ce progrès est dû surtout aux événements politiques du temps. Une grave perturbation était survenue dans les affaires publiques ; elle résultait du grand nombre de débiteurs pour autrui, dont la condition, nous l'avons montré, était très dure. Le contraste entre la classe riche et la classe pauvre était si grand que le tribun Philippe a pu dire : *Non esse in civitate duo millia qui rem haberunt*. (Cic. de off. 2.21).

Pour remédier à cet état de choses connu sous le nom de question des dettes, et pour venir au secours des débiteurs, les tribuns firent voter successivement les lois *Furia*, *Apulcia*, *Cicercia* qui ont déterminé l'amélioration de la situation des cautions en donnant au cautionnement un rôle à part, distinct de la solidarité.

Les dispositions de ces lois sont toutes en faveur des débiteurs pour autrui.

a) C'est ainsi que la loi *Apulcia* donne un recours, au *sponsor* qui a payé la dette, contre les autres *sponsores*, et établit un lien de société entre eux.

b) La loi *Furia* limite l'engagement en Italie des *sponsores* à deux ans. Elle divise de plein droit la dette entre les *sponsores* au moment de l'échéance et fait supporter par le créancier l'in-

solvabilité survenue depuis l'échéance ou la mort de l'une des cautions.

c) Pour prévenir la fraude de la part du créancier, qui, à la suite de la disposition de la loi *Furia* et afin d'éviter la perte qui résultait pour lui de l'insolvabilité ou de la mort de quelques-unes des cautions après l'échéance, ne déclarait comme cautions que celles qui se trouvaient encore solvables, la loi *Cicercia* obligeait le créancier à faire dans les vingt jours, sous peine de nullité du cautionnement, la « *predictio* », c'est-à-dire à déclarer le nombre des cautions et le montant de la dette.

Dans cette évolution du cautionnement, apparaît une sorte de méfiance à l'encontre des créanciers. Ces lois par la trop grande faveur qu'elles marquaient aux débiteurs avaient fini par ruiner le crédit ; aussi, comme toute protection outrée, au lieu d'améliorer la condition des débiteurs pour autrui, elles déterminèrent au contraire une réaction de la part des créanciers : Les lois *Furia* et *Cicercia* avaient dépassé la mesure. En matière de crédit deux intérêts sont à ménager, celui du créancier et celui du débiteur, la méconnaissance de l'un d'eux, loin de rendre meilleure la situation de l'autre partie, nuit à la situation générale ; lorsque, comme dans cette période, l'intérêt du créancier est sacrifié, l'institution entière est mise

en danger ; le crédit se fait rare, et ceux qui en ont le plus besoin ont la plus grande peine à l'obtenir.

Si ces lois plébiscitaires ont déterminé la fixation du caractère accessoire du cautionnement, si elles ont consommé la séparation du cautionnement de la solidarité, elles ont par contre préparé l'introduction de la *fidejusso* dans la pratique.

L'apparition de la fidéjussion en droit romain, constitue une réaction imposée par les détenteurs du capital contre les dispositions des lois *Furia* et *Cicercia* trop favorables aux débiteurs : elle va déterminer une confusion nouvelle de la solidarité et du cautionnement.

Nous avons dit que les lois *Furia* et *Cicercia* ayant trop protégé les débiteurs et les cautions, avaient complètement détruit le crédit ; il fallait remédier à cet état de choses. C'est dans ce but et pour donner aux créanciers une sécurité plus grande, que la pratique créa une forme nouvelle de cautionnement, la *fidejussio*. En introduisant cette forme, on évitait les inconvénients qui résultaient des lois antérieures ; ces lois ne concernaient en effet que les *sponsores* et *fidepromissores*, car seuls ils étaient connus alors, et on décida que leurs dispositions ne s'appliqueraient pas à la *fidejussio* (1). C'est ainsi que, contrairement à ce qui

(1) L'introduction de la *fidejussio* dans la pratique se place entre

se passait en matière de *sponsio* ou de *fidepromissio* avec lesquelles on ne pouvait garantir que des obligations nées *verbis*, on admit que le fidéjusseur pourrait garantir des obligations nées d'une source quelconque ; que son engagement passerait à ses héritiers ; que la limitation de l'engagement des *sponsores* à deux ans ne s'appliquerait pas au fidéjusseur, et enfin que celui-ci serait tenu de la totalité de la dette malgré l'existence de plusieurs fidéjusseurs pour la même dette.

La *fidejussio* étant le produit d'une réaction, constitue une forme de cautionnement verbal très rigoureux ; la formule traduit par son énergie cette rigueur « *Idem fide tua esse jubes ? fide mea jubeo* ». Elle contient un ordre donné par le créancier d'accepter l'engagement du débiteur.

Primitivement, c'est-à-dire avant l'admission des bénéfices, la situation juridique du fidéjusseur était presque la même que celle d'un codébiteur solidaire. Cette situation était la conséquence du formalisme rigoureux des contrats primitifs romains. Le fidéjusseur ayant promis *verbis* la même chose que le débiteur principal, était tenu à

la loi *Cicercia* qui est postérieure à la loi *Furia* du *vi*^e siècle et la loi *Corucia* qui parle la première de la *fidejussio*, c'est-à-dire dans le cours du *vi*^e siècle ou la première moitié du *vii*^e siècle. V. Girard, « Droit romain », p. 734, note 4.

l'exécution de l'obligation au même titre que celui-ci. C'est ainsi que le créancier pouvait demander la totalité de la dette au fidéjusseur ; qu'il pouvait s'adresser à lui, et exiger le paiement de la dette, avant de l'avoir demandé au débiteur principal (1). La poursuite contre l'un des fidéjusseurs éteignait le droit du créancier contre les autres, par suite de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, qui ne fut supprimée que sous Justinien.

La *fidejussio* marque une confusion nouvelle de la solidarité et du cautionnement ; elle constitue une sûreté solidaire quant à ses effets, accessoire quant à sa naissance et à son extinction.

Par les avantages qu'elle présentait au point de vue des droits du créancier, elle finit par remplacer complètement la *sponsio* et la *fidepromissio*.

(1) Cet effet était tempéré par les mœurs ; à Rome, on considérait comme un manque d'égard envers le débiteur principal le fait de poursuivre les cautions quand le débiteur principal était solvable. M. Girard. *Op. cit.*, p. 737. En ce qui concerne la *litis contestatio*, les jurisconsultes imaginèrent certains moyens pour soustraire le créancier à son effet ; dans ce but, ils créèrent la *fidejussio indemnitis* par laquelle le créancier stipule non pas *idem*, mais seulement *quanto mirus a reo consecutus fuerit*. Un autre expédient consistait dans une convention par laquelle le fidéjusseur s'engageait à ne pas se prévaloir de l'extinction de la *fidejussio* qui résultait de la poursuite intentée contre le débiteur principal.

Ce retour vers la forme ancienne du cautionnement est d'autant plus accentué, qu'une loi Cornelia du temps de Sylla (666) commune à toutes les cautions verbales, défendit en principe qu'une même personne s'engageât pour le même débiteur et envers le même créancier pour plus de 20.000 sesterces (1). Le but de cette loi était, croyons-nous, de réagir contre un usage des plus gênants. En effet, dans les mœurs d'alors, les Romains considéraient le cautionnement comme un service d'ami, *officium pietatis* ; celui-ci était très fréquent car il ne pouvait être refusé que difficilement. Horace dans ses satires (L. II. 6) nous a laissé un tableau de cette obligation de cautionner. La loi met une limite à cette obligation imposée par les mœurs. « Elle vient au secours de ceux qui auraient été trop polis pour refuser un service d'ami ; elle arrête les indiscrets et tempère l'abus » (Appleton, *loco cit.*).

Comme la loi Cornelia s'appliquait à toutes les cautions verbales, les Romains furent astreints à employer la solidarité comme sûreté pour toute dette supérieure au montant fixé par cette loi. Cette loi, dit M. Girardin, « provoqua la naissance des *correi non socii*, véritables cautions ; la soli-

(1) Le sestertius était une monnaie d'argent valant environ 20 centimes de notre monnaie.

darité fut usitée pour une fin nouvelle » (*loco cit.*, 1885, p. 151).

A côté de ces formes de cautionnement *verbis* on introduisit deux autres modes consensuels de cautionnement ; le *mandatum pecunia credendæ* et le *pacte de constitut*.

Le pacte de constitut était une convention par laquelle quelqu'un prenait l'engagement de payer à jour fixe une dette préexistante d'une autre personne ou sa propre dette. Avant Justinien, ce pacte ne s'appliquait qu'aux *res quæ in pondere, numero mensura constant* ; depuis ce prince et à la suite de la fusion du constitut avec le *receptum argentarii*, il s'appliqua à toutes espèces de choses. L'effet de cet engagement était d'engendrer une action au profit du créancier, l'*actio de pecunia constituta* ou *constitutoria*, qui non seulement assurait au créancier le payement intégral, mais encore l'exactitude dans le payement, car l'action était munie d'une *sponsio dimidiæ partis*, grâce à laquelle le demandeur non payé pouvait réclamer sans demander en justice, moitié en plus de ce qu'on lui devait.

Le *mandatum pecuniæ credendæ*, créé sous l'influence croissante de l'*equitas*, était un mandat donné par une personne à ses risques et périls, à une autre personne, pour que celle-ci consente à devenir créancière d'un tiers déterminé. Il cons-

tituait une forme de cautionnement synallagmatique et de bonne foi, qui pouvait intervenir, de même que le constitut, non seulement entre présents, mais aussi entre absents. La *litis contestatio* ne produisait pas son effet extinctif, ni dans le *mandatum pecuniæ credendæ*, ni dans le constitut.

L'introduction de ces deux formes de cautionnement constitue un progrès par rapport à l'*adpromissio*, — une réaction contre le caractère unilatéral de la *fidejussio*.

De même que les lois *Furia* et *Cicercia*, par leurs dispositions trop favorables aux cautions, avaient dépassé leur but qui était d'améliorer la situation des cautions, de même l'introduction de la *fidéjussion*, par l'obligation rigoureuse qu'elle imposait à la caution, avait dépassé le sien, celui d'assurer au créancier une garantie plus sérieuse. Aussi voyons-nous se produire une tendance, dans la jurisprudence, à améliorer la condition de la caution, à dégager son caractère accessoire du formalisme primitif.

Les Romains finirent par saisir la différence qui existait entre la *fidejussio* et la solidarité, entre celui qui s'oblige comme caution et celui qui s'oblige principalement, et ils comprirent que, si la formule de leur engagement ne permettait pas cette distinction, toutefois l'intention dans les deux cas était différente; celui qui n'est qu'un fidéjus-

seur n'a pas entendu s'obliger aussi pleinement que celui qui est directement intéressé ; par rapport à celui-ci, le fidéjusseur doit être considéré comme un débiteur accessoire. Les jurisconsultes, pendant la période classique, et plus tard Justinien s'employèrent « à dégager la volonté des parties du formalisme qui souvent la faussait, faire prédominer le rôle accessoire de la caution et lui assurer une position préférable à celle du débiteur au moyen des bénéfices qu'on lui accordait » (1).

a) C'est dans ce but que les jurisconsultes romains créèrent le *bénéfice de cession d'actions*, qui assure à la caution qui a désintéressé le créancier, un recours plus rigoureux contre le débiteur que celui de son action personnelle. Ce bénéfice lui permet d'intenter tous les droits et actions que le créancier avait contre le débiteur principal lors du paiement. Il est plus efficace dans le *mandatum pecuniæ credendæ*, où le *mundator* avait le droit de refuser le paiement si le créancier n'avait pas conservé ses actions, que dans la fidéjussion, où ce droit ne lui était pas reconnu.

b) Dans le même but, l'empereur Hadrien introduisit le *bénéfice de division* au profit des

(1) Marcel Fournier. *Le Cautionnement solidaire*, p. 12, n° 11.

fidéjusseurs et *mandatores*, lequel fut étendu par Justinien aux cautions par constitut.

Nous avons vu que la loi *Furia* avait, elle aussi, admis la division entre les *sponsores*; mais l'esprit dans lequel cette loi fut conçue et celui du rescrit d'Hadrien, ne sont pas les mêmes. La loi *Furia* est une loi politique, faite en haine des créanciers, et ses dispositions s'en ressentent. Le rescrit d'Hadrien est inspiré par une pensée d'équité; s'il améliore la condition des fidéjusseurs, il ne nuit pas aux droits des créanciers comme l'avait fait la loi *Furia*. Contrairement aux dispositions de celle-ci, la division imposée par le rescrit de l'empereur Hadrien ne s'opère pas *ipso jure* et au moment de l'échéance, mais après la demande des fidéjusseurs *exceptionis ope*, et seulement entre les cautions solvables au moment de la poursuite.

c) Enfin nous arrivons *au bénéfice de discussion*, le plus important de tous les bénéfices. Introduit par Justinien dans la novelle II en l'année 535, il accorde à la caution le droit de refuser le payement et de se soustraire à toute poursuite tant que le débiteur principal n'a pas été poursuivi et son insolvabilité constatée par la vente de tous ses biens.

C'est par l'introduction de ce bénéfice que le caractère accessoire de la caution est mis en

évidence. Le fidéjusseur n'ayant voulu s'obliger que subsidiairement, il est juste qu'il ne soit poursuivi qu'à défaut du débiteur principal.

Justinien n'accorda pas le bénéfice à toutes les cautions; un certain nombre d'entre elles, les *Argentarii* ou banquiers, ne furent pas admis à jouir des bienfaits de la nouvelle.

Il est probable que Justinien avait considéré que leur intervention n'était pas gratuite, que c'était une affaire lucrative pour eux de cautionner et que par conséquent ils étaient moins dignes d'intérêt que les autres fidéjusseurs.

Les *argentarii* protestèrent contre cette disposition et demandèrent à l'empereur que le bénéfice de discussion leur fut étendu.

Justinien, par la nouvelle 136 de l'année 564, fit droit en partie à cette demande. Les fidéjusseurs *argentarii* continuèrent à être privés du bénéfice de la nouvelle, mais il leur accorda le droit de demander par convention la renonciation au bénéfice de discussion aux cautions qui s'engageaient envers eux. « *Ut creditori licentia sit tam principalem debitorem quam fidejussorem conveniendi, non expectato constitutionis gradu* ».

Il est probable que cette renonciation a dû devenir très fréquente, surtout en matière commerciale; car, le bénéfice de discussion, s'il est très avantageux pour le fidéjusseur, est au contraire

désavantageux pour le créancier car il entraîne des lenteurs dans la poursuite et la réalisation des droits de celui-ci.

CHAPITRE III

LES SURETÉS PERSONNELLES DANS L'ANCIEN DROIT

Après l'invasion des peuples germaniques, le droit romain en vigueur dans la Gaule était celui d'avant Justinien ; il se composait, pour le droit ancien, des écrits des cinq jurisconsultes reconnus par la loi des Citations ; pour le droit nouveau, des codes Grégorien, Hermogénien, Théodorien et des Nouvelles. Le droit de Justinien était inconnu, car, lorsque celui-ci était devenu empereur, la Gaule avait cessé de faire partie de l'empire. Les Germains laissèrent aux Gallo-Romains les lois qu'ils observaient du temps des Romains ; c'est pourquoi le cautionnement des pays de droit écrit est le même que celui qu'on trouve à Rome avant Justinien.

Avec la domination germanique, l'évolution du cautionnement s'arrête, et ce n'est qu'avec la renaissance du droit romain que le caractère acces-

soire de cautionnement a été dégagé dans l'ancien droit par l'introduction et la connaissance du droit de l'époque de Justinien.

§ I^{er}. — Le Cautionnement dans les lois barbares.

La même confusion originaire que nous avons rencontrée dans le droit primitif romain entre la solidarité et le cautionnement, nous la retrouvons dans les lois barbares. C'est que les conditions sociales et économiques des peuples germaniques sont les mêmes que celles des Romains à l'époque primitive, et les peuples qui ont atteint le même degré de civilisation ont des institutions identiques.

Comme à l'époque primitive chez les Romains, la famille germanique est fortement organisée : nous voyons les membres solidaires les uns des autres, l'individu absorbé dans la collectivité. Cette solidarité familiale et le régime de la propriété collective ne pouvaient engendrer un droit d'obligation autre que celui de la solidarité. Pour cette période, de même qu'en droit romain, le cautionnement n'existe pas, la solidarité est le droit commun. Mais cet état de choses ne dura pas longtemps. « Chez les races germaniques, nous dit M. Esmein, la propriété individuelle de la terre

se développa rapidement après les invasions » (1). L'émancipation de l'individu du lien familial rendit possible le contrat du cautionnement qui, de même qu'en droit romain, faisait naître une obligation principale à la charge de la caution. Cette situation avancée de la caution s'explique dans le droit germanique, de même que dans le droit romain, par le caractère formaliste de l'engagement de la caution.

Dans le droit germanique, à l'époque des invasions, un seul contrat en effet est en usage, le contrat formaliste (2). C'est une promesse unilatérale solennisée par un signe extérieur. Le cautionnement étant une promesse unilatérale devait revêtir la forme qui, en droit germanique, conférait une valeur juridique à ces sortes de promesses. En effet, la promesse du fidéjusseur germanique est accompagnée d'un formalisme réel. Dans les *leges*, ces promesses de cautionnement portent le nom de *fides facta* ou *d'adhramitio*. Tantôt elles se font à l'aide de *la festuca*, tantôt par le *nadium* ; le débiteur remet une baguette ou un objet mobilier quelconque au créancier qui lui-même le

(1) M. Esmein. *Troisième étude sur les contrats dans le très ancien droit*, p. 154.

(2) M. Esmein. *Études*, p. 7.

remet au fidéjusseur, « *dare nadium et eam recipere per fidejussorem* » (1).

La situation de la caution dans les *leges*, est presque égale à celui d'un débiteur solidaire.

Le créancier peut agir contre la caution sans discuter préalablement le débiteur principal ; le bénéfice de discussion n'est pas connu ; seule la mise en demeure est exigée par la loi des Burgondes et le droit lombard. D'après la loi des Burgondes, cette mise en demeure s'effectuait par une triple interpellation faite par le créancier au débiteur (2). Le créancier poursuivait la caution presque toujours avant le débiteur principal. M. Esmein donne de cette pratique l'explication suivante : « Le créancier n'est tenu d'accepter comme caution que celui qui est incontestablement solvable et qui a des biens au soleil ; dès lors, du moment que la loi le laisse libre de s'attaquer à son choix soit au débiteur principal soit au fidéjusseur, n'est-il pas naturel que cette façon d'agir soit devenue une pratique générale ? » (*op. cit.*, p. 47). La poursuite du créancier contre le fidéjusseur se faisait au moyen d'une voie d'exécution très énergique, la *pignoratitio* ; c'était une saisie privée, pratiquée par le créancier du consentement des lois, sur les biens de son

(1) M. Esmein. *Études*, p. 81.

(2) M. Esmein. Texte cité. *Lex Burg*, iv, 7.

débiteur et qui conduisait à l'appropriation de ses biens au profit du créancier. Cette voie d'exécution atténuée fut maintenue même par le droit coutumier. (M. Esmein, p. 109, note 3, Cartulaire de Saint-Victor de Marseille, n° 901, ann. 1188).

En cas de pluralité de fidéjusseurs, chacun d'eux est tenu de la dette, comme s'il était seul débiteur.

Cette rigueur de la condition du fidéjusseur dans les *leges* est tempérée par la protection que les lois barbares accordent à la caution.

Le recours du fidéjusseur contre le débiteur principal est fortement garanti. Plusieurs lois prononcent une amende au profit du fidéjusseur contre le débiteur qui a laissé poursuivre la caution. « *Quod si dissimulaverit implere quod placitum est, et necesse fuerit fidejussorem constrictum atque compulsum debitum de suo solvere, in triplum ab eo quem fide dixit impleatur quicquid fidejussorem in hac causa solvisse constiterit* ». (*lex. burg. XIX, 8*).

La même saisie privée accordée par les *leges* au créancier est accordée au fidéjusseur qui a payé contre le débiteur ; bien plus, le fidéjusseur peut, sur la poursuite du créancier, saisir les biens du débiteur et les remettre en paiement à celui-ci.

L'intransmissibilité de l'obligation du *sponsor* et du *fidepromissor* que nous avons rencontrée

en droit romain, se trouve aussi dans le cautionnement germanique : c'est une pratique générale en droit ancien et qui se perpétue jusque dans le droit coutumier. (Lex. Burg. 82, 2, de fidejussoribus « *Aut si fidejussor mortuus fuerit, had credes, mortui judicem loci interpellent at ejus ordinatione (pars adversa) alium fidejussorem ipsa conditione cogatur accipere et ab hacredibus fidejussoris mortui nihil cogatur* »).

§ 2. — Le cautionnement dans le droit coutumier.

La séparation du cautionnement et de la solidarité ne fera pas de grands progrès pendant longtemps. Au moyen âge, à l'époque féodale, la fonction accessoire du cautionnement n'est pas encore dégagée ; cela tient toujours au caractère formaliste des contrats.

Au moyen âge, la plègerie, comme la fidéjussion de l'époque des *leges*, s'accomplit par un contrat formaliste unilatéral. Le contrat formaliste de cette époque ne contient plus la remise de la *festuca* : s'il renferme une promesse solennelle, le signe extérieur est remplacé par un geste, le serrement des mains ou leur apposition sur des reliques. Le contrat ainsi conclu porte le nom de

plevine ou *fiance* et sert à constituer le cautionnement de cette époque.

Dans ce contrat, la condition de la caution *plège* est la même que dans le droit germanique.

Le créancier, comme dans le droit franc, peut poursuivre la caution avant de discuter le débiteur. Le créancier s'adresse à la caution et lui enjoint de *faire comme bon plège* (1), c'est-à-dire de payer ou de lui donner un ou plusieurs objets mobiliers en « gage ou namp ».

A défaut de paiement ou de gage, alors le créancier agissait par la *piqueratio*. Cette saisie privée était atténuée dans le droit coutumier ; elle ne s'appliquait qu'aux meubles qui se trouvaient au dehors du domicile du débiteur et ne conduisait plus à l'appropriation de la part du créancier ; les meubles saisis devaient être vendus après un certain délai pendant lequel le débiteur pouvait se racheter.

Le bénéfice de discussion n'était pas admis ; ceci résulte d'un texte des établissements de Saint-Louis (1, 122, édit. Viollet) : « Il est à la volonté dou detour de prendre au plège ou au detour principal selon l'usage d'Orlenois en cort de barouie ».

(1) Voy. *Assises*. Livre de Jean d'Ibelin, ch. cxviii, cxxii. *Cour des Bourgeois*, ch. lxxx, éd. Beugnot.

En cas de pluralité de plèges, chacun est tenu *in solidum* de la dette; le bénéfice de division n'est pas non plus admis; bien mieux, sous l'influence du droit germanique les fidéjusseurs cessèrent d'en profiter, même dans le Midi de la France où ce bénéfice était connu et employé. C'est ainsi que la coutume de Montpellier l'exclut *Fidejussores sine remedio divi Adriani solvere cogietur* (art. 72, Giraud. Essai, tome I, app. p. 64.).

Cette situation rigoureuse était adoucie par le recours que la jurisprudence accordait au plège contre le débiteur et ses coobligés « Compagnons ». Beaumanoir nous renseigne sur cette obligation d'indemniser le plège « gui met autrui en plègerie, il le doit délivrer de la paine, de coust et de damaces, aussi netement comme il estoit quand il fut mis en la paine ». (XL III, 5.) Et le recours contre les compagnons se trouve dans une coutume du Nord, le livre Roisin de Lille : « Et est assavoir que si plusieurs gent plège aucun home ou femme, ou font leur debte pour lui, ils sont tout compaignon de la debte se damage y avoit et des cous, encore ne soit-il deviset al entrer en la compaignie » (1).

(1) M. Esmein. *Op. cit.*, p. 433. *Franchises, lois et coutumes de la ville de Lille*, éd. Brun-Lavainne, p. 47.

D'autres coutumes au contraire ne reconnaissent ce droit contre les compagnons que difficilement, et souvent ne lui accordaient que le droit de demander une contribution.

Si, d'une façon générale, le cautionnement est moins rigoureux que dans le droit germanique, si le plège au moyen âge a un recours plus étendu que dans les *lèges*, son obligation s'aggrave cependant dans un sens : elle devient, de personnelle qu'elle était dans le droit germanique et le vieux droit coutumier, transmissible aux héritiers du plège : c'est une transformation analogue à celle de l'obligation du *sponsor* en droit romain par l'introduction de la fidéjussion.

La plègerie intransmissible, de même que l'obligation du *sponsor*, constituait une garantie peu solide. Ce caractère exceptionnel du cautionnement primitif peut s'expliquer tant que le cautionnement n'intervient qu'entre amis et parents ; mais, dès que sa fonction change, dès qu'il devient un instrument de crédit, ce caractère n'a plus sa raison d'être. C'est pourquoi, de même que la *sponsio*, la plègerie se transforme ; à côté de la simple plevne, on voit apparaître la *plègerie dette* dans laquelle le plège, par une clause insérée au contrat et qui est par la suite devenue de style, s'engage comme *plege et débiteur* et rend son obligation transmissible à ses héritiers.

Tel est le cautionnement au moyen âge. De même que dans le droit germanique, la condition de la caution est presque identique à celle d'un débiteur solidaire ; la confusion du cautionnement avec la solidarité est presque complète. Bien plus, le fidéjusseur dans le droit germanique ou le plège dans le droit coutumier apparaît souvent comme seul débiteur de la dette, « le débiteur principal s'efface, passe au second plan, et paraît comme momentanément libéré » (1).

Cette position avancée de la caution ne dura pas longtemps, sa condition ne tarda pas à s'améliorer.

La même évolution que nous avons constatée dans le droit romain, nous la rencontrons aussi dans le droit coutumier.

De même que la disparition du formalisme romain provoqua la séparation du cautionnement et de la solidarité, de même, dans le droit coutumier, la disparition du formalisme germanique rendit possible le développement du caractère accessoire du cautionnement.

Un mouvement de réaction contre la rigueur de la condition de la caution se fit jour. Sous l'influence de ce mouvement, la jurisprudence accorda au plège l'exception de garantie qui lui

(1) M. Esmein. *Op. cit.*, p. 431.

permettait de mettre en cause le débiteur principal et ses compagnons, lorsqu'il était poursuivi par le créancier ; c'était préparer le terrain pour l'admission des bénéfices que le droit romain de Justinien accordait à la caution. Cette admission se fit lentement. Nous voyons apparaître d'abord le bénéfice de discussion, dans la coutume glosée d'Anjou et du Maine (1). « Se aucun met autre en pleige, il l'en doit délivrer mes l'en ne peut prendre les biens du pleige tant comme celui qui l'a mis en pleige ayt de quoi payer. Et si il n'a de quoi payer, le pleige payera. »

Le même bénéfice est admis par Bouteillier, mais seulement pour la simple plevine. « Et dit l'authentique que anibedeux quand ils sont en présence, c'est à sçavoir le principal et le pleige, le créateur ne peut, ne doilt rien demander au pleige jusqu'à ce que le débiteur soit trouvé si pauvre que satisfaire ne puisse ou qu'il se seroit absenté ou destourné » (2).

Mais les bénéfices de division et de discussion ne furent admis définitivement qu'au xvr^e siècle lors de la renaissance du droit romain. C'est par la connaissance du droit romain de l'époque de

(1) Édit. Beauteemps-Beaupré, t. I, p. 382.

(2) *Coutumes de Bretagne*, livre de « Droits et Commandements », ch. dcxx, art. 270. M. Esmein, *Op. cit.*, p. 147.

Justinien et sous l'influence des études juridiques romaines, que les jurisconsultes introduisirent ces bénéfices.

Leur admission dans le droit coutumier, de même que dans le droit romain, contribua à dégager le caractère accessoire du cautionnement, et par conséquent à dépouiller le cautionnement de sa forme solidaire antérieure.

Au temps de Pothier, cette transformation est accomplie. Dans ses écrits, le caractère accessoire de la caution est très nettement mis en évidence. C'est sous le titre « des obligations accessoires des fidéjusseurs et autres qui accèdent à celle du débiteur principal » que le jurisconsulte d'Orléans étudie l'obligation de la caution (chap. VI, traité des Obligations, t. II).

Il considère le cautionnement comme un contrat accessoire, la caution comme un obligé subsidiaire ; et, faisant application de la théorie de l'accessoire, il nous montre la dépendance qui existe entre l'obligation de la caution et celle du débiteur principal, au point de vue de son existence et de son extinction.

La subrogation de la caution n'a pas lieu de plein droit, mais seulement après la demande de celle-ci (1) ; l'exception *cedendarum actionum*

(1) Dumoulin soutenait que la subrogation s'effectuerait de plein droit.

est admise non seulement au profit des *mandatores* mais aussi de celui des *fidejussores*, pour la raison que les contrats du temps de Pothier étaient tous de bonne foi.

Les bénéfices de division et de discussion que nous avons vu apparaître dans la dernière phase du droit coutumier, sont compris par lui et expliqués dans le sens que suivra notre Code moderne.

Pourtant nous devons signaler une curieuse tendance dans la pratique des affaires du temps de Pothier. A peine le bénéfice de discussion fut-il admis dans le droit coutumier qu'en pratique l'usage s'établit pour les cautions de renoncer à ce bénéfice

Cette renonciation, nous l'avons vue fonctionner aussi dans le droit romain. Justinien, après la demande des *argentarii* avait accordé à ceux-ci le droit de faire renoncer leurs cautions au bénéfice de discussion. Mais ce prince ne nous dit pas si le même droit avait été accordé aux autres créanciers : quoi qu'il en soit, à l'époque de Pothier, c'est une pratique générale. Argou rapporte même que les notaires ne se donnaient plus la peine d'inscrire la clause de renonciation et n'indiquaient que le premier mot « renonçants, etc... » (livre IV, ch. 1, p. 376). Pothier de même constate cette tendance, et il nous dit qu'il était douteux le point

de savoir si les cautions qui s'engageaient comme débiteurs principaux devaient être considérées comme renonçantes ou non ; en effet, d'après la jurisprudence du Parlement de Paris, une renonciation expresse était nécessaire ; mais Pothier, d'accord sur ce point avec Basnage, regardait cette sorte d'engagement de la caution, comme suffisante pour entraîner renonciation de sa part au bénéfice de discussion.

Il est curieux de constater cette tendance qui avait ses raisons d'être dans la législation de Justinien, mais elle s'explique plus difficilement dans l'ancien droit français où tout l'effort de la jurisprudence antérieure a consisté à faire admettre ce bénéfice ; à quoi donc aura servi cette évolution, si la pratique s'est hâtée de revenir aux anciens errements ?...

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Si maintenant on jette un coup d'œil sur l'évolution des sûretés personnelles dans le droit romain et dans l'ancien droit français, on ne peut s'empêcher de constater que ces sûretés évoluent entre ces deux formes, cautionnement et solida-

rité, qui sont les deux pôles autour desquels elles gravitent.

Dans le très ancien droit romain et dans le vieux droit germanique, sous l'influence de la forme collective de la propriété foncière et de la solidarité familiale qui existaient entre les membres de la gent romaine et de la famille germanique, nous voyons une seule forme d'engagement : la solidarité.

Plus tard quand la propriété, de collective fut devenue individuelle, quand la solidarité familiale eut disparu et que la personnalité juridique de l'individu put s'affirmer, le cautionnement en tant qu'engagement accessoire n'existait cependant pas encore.

Le formalisme rigoureux de la vie juridique ne permettait pas en effet de distinguer entre l'obligation du fidéjusseur et celui du débiteur principal. L'obligation, contractée sous la forme solennelle de la *sponsio*, ou comme en droit germanique avec les *nadia* ou *festuca* oblige la caution qui promet la même chose que le débiteur de la même manière que le débiteur principal.

Le créancier au lieu d'avoir un débiteur principal, dont l'obligation est garantie par celle d'un débiteur accessoire, a deux débiteurs principaux, solidaires.

La condition de la caution, dans cette période

du droit ancien, est très rigoureuse ; elle est celle d'un débiteur solidaire.

Ce n'est que plus tard, quand une analyse plus délicate des rapports juridiques de la caution et du débiteur principal fut rendue possible par l'atténuation du formalisme primitif, qu'on put distinguer la nature de l'engagement de la caution, que son caractère accessoire fut dégagé et que le cautionnement put enfin avoir une physionomie distincte de celle de la solidarité.

Dès lors, soit dans le droit romain, soit dans le droit coutumier, l'effort des jurisconsultes se fait d'une façon constante dans le but de dégager le caractère accessoire de la caution et d'adoucir sa condition. Cet effort a pour résultat l'admission des bénéfices de cession d'actions, de division et de discussion.

Dans cette dernière phase, l'engagement de la caution, de principal est devenu accessoire ; sa condition s'est améliorée ; le cautionnement est nettement séparé de la solidarité.

Mais ce mouvement de législation considérable, qui a déterminé l'évolution des sûretés personnelles dans un sens très favorable à l'égard des cautions, est lui-même à son tour la cause de la réaction que nous avons constatée dans la pratique à l'époque de Pothier.

Cette tendance à la renonciation aux bénéfices

naquit justement de l'introduction du bénéfice de discussion, qui dépasse ce que, en législation, on peut accorder à la caution.

Car si le bénéfice de discussion répondait impérieusement aux nécessités de la pratique des affaires, et par conséquent se justifiait en législation, la contradiction entre la pratique des renonciations et l'introduction de ce bénéfice ne serait pas apparue.

DEUXIÈME PARTIE

EVOLUTION DES SURETÉS PERSONNELLES DANS LE DROIT MODERNE

Nous avons vu quelle a été l'évolution des sûretés personnelles dans le droit romain et dans le droit français ancien ; comment le cautionnement, confondu au début avec la solidarité, se sépare de celle-ci sous l'influence de la législation et d'une jurisprudence séculaire.

Cette séparation accomplie, tout l'effort de la jurisprudence postérieure consiste à adoucir la condition de la caution, effort qui aboutit à l'admission des bénéfices à son profit.

Ainsi cette évolution antérieure au droit moderne se résume dans la séparation du cautionnement et de la solidarité ; dans la détermination du caractère accessoire de l'obligation de la caution, et dans l'adoucissement de sa condition.

On serait donc tenté de croire qu'à notre époque

moderne cette évolution se continue simplement, si la pratique des affaires ne nous révélait qu'une tendance contraire à celle que nous avons rencontrée dans le droit romain et dans l'ancien droit, est en train de se faire jour : les sûretés personnelles tendent en effet de plus en plus à se rapprocher de la forme solidaire ; le cautionnement cherche à fusionner avec la solidarité.

De nos jours le cautionnement pur et simple est devenu très rare ; l'admission des bénéfices en faveur de la caution l'ont rendu suspect aux créanciers ; aussi la renonciation à ces bénéfices, que nous avons déjà signalée à l'époque de Justinien et à celle de Pothier, est-elle devenue aussi de nos jours la règle en matière de cautionnement.

L'évolution en sens contraire des sûretés personnelles ne s'arrête pas d'ailleurs à la renonciation aux bénéfices ; elle est plus accentuée ; elle est caractérisée par un rapprochement plus effectif avec la solidarité. En pratique le cautionnement solidaire et même l'engagement solidaire remplacent le cautionnement pur et simple. « Quand on consulte aujourd'hui des notaires, des praticiens, dit M. Marcel Fournier, sur le rôle du cautionnement dans la vie journalière, et sur la manière dont s'engagent en général les cautions, ils répondent que la caution s'engage dans la grande majorité des cas comme caution solidaire, quelque-

fois comme codébiteur solidaire non intéressé, très rarement comme caution simple » (1).

Cette tendance à l'aggravation de la condition de la caution, à l'assimilation du cautionnement et de la solidarité se manifeste même en législation.

En effet, si la séparation du cautionnement de la solidarité se trouve nettement indiquée dans le Code civil, la tendance nouvelle se retrouve également dans le Code civil (art. 20, 21) et dans le Code de commerce (art. 142).

Cette tendance est certaine, et si elle paraît en contradiction avec l'évolution antérieure des sûretés personnelles, elle n'en a pas moins son origine dans le droit ancien.

Nous avons vu que l'introduction du bénéfice de discussion, à l'époque de Justinien comme à celle de Pothier, avait entraîné dans la pratique des affaires l'usage de la renonciation à ce même bénéfice; la tendance moderne naît aussi de cet usage, qui d'ailleurs s'explique aisément.

Le bénéfice de discussion ne plaît guère au créancier (2): d'une part, il est gênant pour lui, car il entraîne des lenteurs dans la poursuite de son droit

(1) Marcel Fournier. *Op. cit*, p. 7.

(2) Plusieurs codes de commerce l'excluent. C. commerce allemand, art. 281, 2^e al., et hongrois, art. 270, 3^e al.

et l'expose à une certaine responsabilité ; d'autre part, tout en lui procurant souvent un paiement partiel, il constitue dans une certaine mesure une atteinte à son droit. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il a tant tardé à être admis dans notre ancien droit : pour qu'il soit admis, on a dû l'imposer, c'est bien l'impression que donne le désaccord persistant que nous rencontrons entre l'admission du bénéfice de discussion en législation et l'usage de la renonciation en pratique.

Aujourd'hui cette tendance de la caution à aggraver son obligation est plus accentuée.

Le principe moderne de la liberté des conventions de la libre concurrence entre les activités individuelles, laisse la caution exposée aux exigences du créancier qui tendent de plus en plus à imprimer à son obligation une forme solidaire.

Cette évolution est favorisée d'ailleurs par d'autres causes.

CHAPITRE PREMIER

CAUSES QUI DÉTERMINENT L'ÉVOLUTION DES SÛRETÉS PERSONNELLES FAVORABLES A L'APPLICATION DE LA SOLIDARITÉ

Outre la volonté du créancier, prépondérante en matière de crédit, et qui trouve son intérêt à exiger une garantie solidaire ou se rapprochant de la solidarité, les causes qui favorisent cette évolution des sûretés personnelles sont les suivantes :

1° La concurrence que les sûretés réelles font dans le droit moderne aux sûretés personnelles.

2° L'influence de plus en plus grandes des habitudes commerciales sur les affaires civiles

3° L'atténuation des effets de la solidarité résultant de l'interprétation bienveillante de la jurisprudence du mandat réciproque de représentation.

§ 1^{er}. — Influence des sûretés réelles

Aujourd'hui, les sûretés personnelles sont moins

recherchées que les sûretés réelles. C'était le contraire dans la législation romaine (1).

Cette préférence dans le droit romain peut s'expliquer par une double considération. Tout d'abord avant l'introduction du bénéfice de discussion, l'obligation de la caution étant très rigoureuse procurait au créancier une garantie suffisante, la seule d'ailleurs qui pouvait être fournie, car les sûretés réelles ne furent organisées qu'assez tard dans la législation romaine.

En effet, avant l'introduction de l'hypothèque, les sûretés réelles consistaient dans une aliénation de la chose affectée accompagnée d'un contrat de fiducie, par lequel le créancier s'engageait à retransférer, une fois payé, la propriété de l'aliénateur. Cette garantie entraînait de graves inconvénients pour le débiteur : elle lui enlevait la possession de la chose et diminuait par là ses ressources ; d'autre part, elle le mettait à la merci du créancier. Le *pignus* était presque inutile, car il ne conférait primitivement que la possession au créancier, et celui-ci ne pouvait pas le vendre sans le consentement du débiteur.

Plus tard, quand l'hypothèque fut introduite, la préférence dont jouissaient les sûretés person-

(1) Louis Lucas. *De la préférence des Romains pour les sûretés personnelles* (Revue générale, 1886).

nelles ne fut pas beaucoup diminuée. La raison en est dans la longue pratique que les Romains avaient de ces sûretés, et dans l'imperfection de l'organisation de l'hypothèque, clandestine et générale.

Aujourd'hui, au contraire, l'introduction dans les législations modernes des principes de la spécialité et de la publicité du gage et de l'hypothèque ont largement contribué à développer l'usage des sûretés réelles. L'avantage qui résulte pour les créanciers des sûretés réelles est incontestable ; avec une garantie réelle suffisante, les risques de l'insolvabilité future du débiteur sont très limités.

D'un autre côté, le développement du crédit réel mobilier dans notre siècle a contribué aussi à diminuer cette importance des sûretés personnelles. Le créancier ne se contente plus d'une garantie aussi peu efficace que celle qui résulte d'un cautionnement simple ; il exige un nantissement ou une hypothèque, de sorte que le débiteur qui ne peut pas les fournir se voit obligé, pour rassurer le créancier, de recourir à un engagement plus rigoureux : aussi, au lieu de lui offrir une caution simple, lui donne-t-il une caution solidaire, ou même un engagement solidaire.

§ 2. — Influence de la vie commerciale sur la
vie civile

A côté de la concurrence faites aux sûretés personnelles par les sûretés réelles, il faut mentionner en première ligne, comme cause déterminante de cette évolution des sûretés personnelles, l'influence croissante que les règles et les habitudes commerciales exercent sur les opérations civiles.

De plus en plus la pratique civile tend à s'écarter des habitudes lentes, graves et parfois circonspectes du droit commun, pour s'approprier les habitudes commerciales plus simples et plus rapides qui répondent mieux aux besoins nouveaux.

Chaque jour, dans les affaires, on emprunte au droit commercial ses procédés, et c'est ainsi que le droit commercial, au lieu d'avoir recours au droit commun, lui impose au contraire ses usages. C'est un fait certain que les opérations dans les sociétés modernes se commercialisent de plus en plus (1). Dès lors les arguments qu'on faisait valoir il y a un siècle en faveur de l'admission des procédés plus simples et plus rapides dans le droit com-

(1) Ch. Lyon-Caen et L. Renault. *Traité de droit commercial*, t. 1, p. 67.

mercial sont très justifiés lorsqu'ils sont employés aujourd'hui pour l'admission de ces mêmes procédés en droit civil.

La célérité qui est reconnue comme essentielle dans les affaires commerciales, l'intérêt qu'il y a d'opérer avec rapidité et économie et surtout d'avoir en matière commerciale des garanties rigoureuses qui assurent l'exécution des engagements au jour convenu, sont de nos jours reconnus tout aussi nécessaires à la vie civile qu'à la vie commerciale.

Ce mouvement de commercialisation a pris une forme législative dans plusieurs pays. C'est ainsi que, en Suisse, le nouveau Code des obligations est commun au droit civil et au droit commercial (Code fédéral suisse des obligations)

De même, les règles de la faillite sont étendues aux débiteurs non commerçants dans nombre de législations : l'Angleterre, l'Allemagne. Dans d'autres comme l'Autriche et l'Espagne, nous voyons, à côté de la faillite commerciale figurer une faillite civile propre aux non commerçants. En Suisse fonctionne un système particulier, celui de l'application de la faillite à toute personne qui s'est inscrite volontairement sur le registre de commerce (1).

(1) M. E. Thaller. *Droit commercial*, p. 816, n° 1460.

En France, la loi du 1^{er} août 1893 commercialise les sociétés civiles qui se constituent dans la forme commerciale de la commandite ou de la société anonyme ; le nouvel article 68 est ainsi conçu : « Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi, seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. »

Dans la pratique des affaires et dans la jurisprudence, la même tendance se manifeste ; les emprunts aux règles et aux habitudes commerciales se manifestent dans l'usage de la clause à ordre et la pratique des endossements pour les créances civiles, que la jurisprudence déclare valable. Arrêt, 12 fév. 1857 (D. P. 57. 2. 132). Cette jurisprudence est unanime depuis l'arrêt de la Chambre civile de C. de cass. 8 mai 1878 (D. 1878 p. 1. 241) qui décide que les dispositions des articles 1690 et 1691 C. civil, concernant le transport des créances ne sont pas d'ordre public, et qu'il peut y être dérogé même implicitement par la convention des parties.

Dans le même ordre d'idées signalons encore l'emploi que la pratique civile fait de la solidarité. Nous avons dit qu'il est essentiel, dans le commerce, que les obligations qui interviennent soient garanties d'une façon rigoureuse. C'est cette raison qui ex-

plique l'emploi, de longue date, de la solidarité en matière commerciale comme garantie personnelle, de la renonciation aux bénéfices de la part de la caution et du cautionnement solidaire.

En ce qui concerne la solidarité, son emploi en matière commerciale (1) est très fréquent : outre les cas nombreux de solidarité légale, en matière de société en nom collectif à la charge des associés pour les dettes sociales, entre les signataires d'une lettre de change, d'un billet à ordre, ou d'un chèque, l'usage depuis longtemps s'est établi de présumer entre codébiteurs la solidarité, sauf quand elle est exclue par une convention expresse des parties.

Pothier, dans son traité *des obligations* n° 266, nous signale déjà cet usage. « Deux marchands qui achètent ensemble une partie de marchandises, quoiqu'il n'y ait d'ailleurs aucune société entre eux sont censés associés pour cet achat, et comme tels ils sont obligés solidairement, quoique la solidarité ne soit pas exprimée. Cette décision est de notre droit français, Ordon. de commerce de 1673 t. IV art. 7. Bornier sur ledit article rapporte un arrêt du Parlement de Toulouse qui l'a ainsi décidé et cela a passé en maxime. »

(1) M. Gérardin. *Op. cit.*, 242. Lyon-Caen et Louis Renault. *Op. cit.*, p. 34 et 36.

Cet usage a été consacré expressément par plusieurs législations modernes : C. de commerce d'Allemagne, art. 280 ; Code hongrois, art. 268 ; Code italien, art. 40 ; Code roumain, art. 42 ; Code portugais, art. 42. En France, il s'est maintenu ; beaucoup de jurisconsultes modernes, s'appuyant sur la tradition, enseignent qu'il y a solidarité sans clause spéciale entre commerçants qui contractent ensemble pour fait de commerce (1).

Il est facile maintenant de se rendre compte de l'influence que le droit et les usages commerciaux ont exercé, en notre matière, sur les opérations civiles.

§ 3. — De l'atténuation des effets de la solidarité par l'interprétation du mandat de représentation entre codébiteurs.

En outre, les causes que nous avons signalées, comme déterminant cette évolution de cautionnement favorable à l'application de la solidarité, il faut mentionner, en première ligne, l'atténuation des effets de la solidarité.

Cette amélioration de la condition des débiteurs

(1) M. Boistel. *Précis de droit commercial*, n° 435. Lyon-Caen et Louis Renault. *Op. cit.*, 35. Rodier. *Op. cit.*, p. 181.

solidaires se rencontre dans plusieurs législations modernes ; elle est consacrée par le nouveau Code civil allemand, et par le Code des obligations suisse. De même, en droit français, elle résulte de l'admission par la jurisprudence de la théorie du mandat et de l'application qu'elle fait de cette théorie, qui marque une tendance réelle dans l'adoucissement de la situation des débiteurs solidaires, et qui par conséquent est de nature à faciliter l'adoption de cette forme en matière de cautionnement.

Avant de chercher à déterminer le système admis par la jurisprudence, il est nécessaire, croyons-nous, de rappeler en quelques mots la conception romaine de la solidarité : de cette façon, on pourra se rendre plus facilement compte de l'amélioration de la situation de la caution dont nous parlions plus haut.

De la solidarité dans le droit romain et l'ancien droit français.

Le caractère essentiel de la corréalité en droit romain, consiste dans l'unité d'obligation et la pluralité de liens.

Ces liens sont tous principaux, indépendants les uns des autres ; le seul fait commun à tous ces

débiteurs c'est d'avoir promis la même chose. De cette pluralité de liens découle la conséquence suivante : les obligations des différents débiteurs solidaires, peuvent être accompagnées chacune de certaines modalités qui ne soient pas communes à tous. C'est ainsi qu'un des débiteurs solidaires peut être tenu simplement, un autre à terme, ou sous une condition, mais tous sont obligés à la même chose ; le contenu de chacune des prestations doit être égal au contenu des autres.

S'il y a pluralité de liens, cela tient à la pluralité des sujets ; mais un seul contrat a donné naissance à cette pluralité de liens. *Una est obligatio, duo sunt rei ejusdem obligationis*. Un seul payement de la totalité de la dette suffit pour éteindre l'obligation à l'égard de tous.

Les Romains expliquaient les effets de la solidarité par les deux principes indiqués plus haut : unité d'obligation et pluralité de liens.

De ce dernier principe découlait la diversité des liens au point de vue des modalités qui pouvaient les accompagner ; de même la perfection de l'obligation ou l'extinction qui pouvait être relative à un seul des engagés solidaires, comme aussi la possibilité que l'engagement d'un seul soit garanti par un fidéjusseur.

A l'unité d'obligation se rattachaient les effets suivants :

a) Le payement de l'obligation effectué par un seul des débiteurs solidaires libère les autres codébiteurs, cette solution était admise pour tous les autres modes d'extinction, comme l'acceptilation, la novation, le serment extrajudiciaire.

b) Lorsque la prescription extinctive des actions personnelles fut introduite, la prescription interrompue à l'égard d'un débiteur solidaire, était réputée interrompue aussi à l'égard des autres codébiteurs (l V, C... *de duob. reis*, VIII, 40).

c) La perte de la chose survenue par la faute de l'un des débiteurs solidaires nuit aux autres. *Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocit* (1).

d) La *litis contestatio* intervenue à la suite de la demande du créancier, contre l'un des débiteurs solidaires, libère les autres codébiteurs, *ipso jure* ou *per exceptionem* : C'est la conséquence logique de cette règle de procédure, d'après laquelle un droit introduit en justice, et qui aboutit à la *litis contestatio* se trouve épuisé. Le demandeur consomme son droit, quel que soit le résultat futur de la demande, sans pouvoir le reproduire plus tard. L'unité d'objet dans l'obligation solidaire avait pour résultat que la maxime *bis de eadem rem non est actio* était applicable au créancier.

(1) M. Gérardin. *Nouvelle Revue historique*, 1884, p. 251.

Pour expliquer les effets de la solidarité, les jurisconsultes n'avaient pas besoin de recourir à un autre système; l'unité d'obligation suffisait. Un auteur allemand Brintz, (Pand. § 253, note 34 et suiv.), partant du principe que, pour que la *consummatio litis* existe, il faut une identité non seulement de chose, mais aussi de personnes dans les deux instances, soutient que, pour pouvoir expliquer l'effet extinctif de la *litis contestatio* en matière de solidarité à l'égard des autres codébiteurs, il faut admettre l'idée d'un mandat, en vertu duquel le débiteur poursuivi représentait les autres codébiteurs : Le débiteur poursuivi, dit-il, défend son droit et celui de ses codébiteurs, et de la sorte se trouve réalisé le second élément, nécessaire à l'effet extinctif de la *litis contestatio*, l'identité de sujets. Cette opinion peut être reçue dans la théorie moderne; mais qu'elle fût admise par les jurisconsultes romains, c'est contestable; en effet, les textes ne nous offrent aucune trace de l'existence d'un mandat entre les codébiteurs. « On serait heureux, dit M. Gérardin, dans l'intérêt des créanciers, de rencontrer dans les textes quelque appui pour cette conception ingénieuse, car, avec les réformes prétoriennes, elle conduirait à admettre que le créancier qui a obtenu une condamnation contre l'un des débiteurs solidaires, peut intenter « *l'actio judicati utilis* » contre les

autres codébiteurs solidaires, et ainsi serait écarté le danger de la *litis contestatio*. Mais rien ne peut élayer dans les textes cette explication. Il faut se résigner à admettre que l'identité d'objet était la condition essentielle, principale, de la *consummatio litis* (1). Des savants romanistes, désireux d'échapper à cet effet instinctif de la *litis contestatio*, si désastreuse pour le créancier, ont soutenu l'existence de deux solidarités en droit romain. Parmi eux, M. Demangeat le premier, a proposé une distinction entre la solidarité des contrats sanctionnés par une *condictio*, qui constitue dans son système la solidarité parfaite ou corréalité, et la solidarité imparfaite, ou simple solidarité qui résulterait de tous les autres contrats. Dans la première seule, la *litis contestatio* produirait son effet extinctif, tandis que dans la solidarité imparfaite, seul le payement aurait eu cette vertu (2). Le système a été repris par M. Haurion, qui adopte cette opinion, mais en la modifiant sur un point. M. Haurion ne reconnaît l'effet extinctif de la *litis contestatio* que dans la solidarité résultant des contrats *stricti juris* sanctionnés par une *condictio*, ou des testaments (3). Nous ne pouvons au

(1) M. Gérardin. *Loco cit.*, p. 265.

(2) M. Demangeat, p. 218. *Obligations solidaires*.

(3) M. Haurion. Nouvelle revue historique : *Origines de la corréalité*, 1882.

cours de notre étude, entrer dans les détails de ce système, qui a été réfuté d'une façon magistrale par M. Gérardin (1). « La réfutation, à mon sens péremptoire, du système proposé par M. Demangeat se trouve tout d'abord et principalement dans le frag. 9, D. *de duob. reis*, 45.2, dans lequel Papinien met sous la même ligne tous les contrats, et qualifie de *rei promittendi* ceux qui se sont obligés solidairement dans un contrat de bonne foi. » Il est inadmissible qu'un jurisconsulte de la valeur de Papinien ne fasse pas mention de cette double solidarité, si elle existait ; et il résulte bien de ce fragment qu'il n'y avait qu'une seule solidarité à Rome, toujours la même ; qu'elle fût insérée dans un contrat *stricti juris* ou de bonne foi, ses effets étaient les mêmes.

Il existait bien une autre solidarité dans le droit romain, solidarité imparfaite, ou obligation *in solidum*, fondée sur la faute commune à plusieurs personnes qui ont causé à autrui un dommage. Cette solidarité a sa source dans une responsabilité collective, qui peut se rencontrer dans un contrat, quasi-contrat ou délit. Chacune des personnes coupables doit la réparation intégrale du préjudice causé par sa faute. « La responsabilité collective découle d'un principe de raison, de la

(1) M. Gérardin. *Loco cit.*, 1883, p. 144.

pluralité de fautes, qui engendre pluralité d'obligations ; c'est quelque chose de naturel, étant donnée la communauté de la faute : il y aurait méconnaissance du principe de justice à ne pas admettre la communauté de responsabilité » (1). La corréalité dans le droit romain résulte du contrat, de la convention des parties, et du testament. Elle a sa source dans la volonté humaine qui lui imprime cette unité d'obligation, qui fait défaut dans la simple solidarité. Dans celle-ci, l'unique source de l'obligation de chacun, c'est la faute commise, et la responsabilité collective résulte de l'unité d'exécution.

Tandis que dans la corréalité il n'y a qu'un seul fait générateur des obligations de chaque débiteur solidaire, le contrat, dans l'obligation *in solidum*, existe au contraire autant de sources qu'il y a de fautes, de coauteurs, de complices : chacun est débiteur à raison d'une faute qui lui est personnelle, et la victime a autant d'actions qu'il y a d'auteurs du délit ou de la faute, mais comme ces actions tendent toutes à la réparation du préjudice éprouvé, dès lors il est juste que, dès que ce préjudice a été réparé par l'un des auteurs, les autres soient libérés, mais, par contre, l'action intentée contre un des auteurs du fait délictuel

(1) M. Gérardin. *Loco cit.*, 1883, p. 395.

n'éteint pas le droit du créancier vis-à-vis des autres coauteurs non compris dans l'instance. « *Si cum uno agatur, cæteri non liberatur* ». (Ulpien, f. II, § 2, *ad legem Aquil.*).

En droit romain il y avait donc deux solidarités. l'une parfaite, la corréalité, stipulée dans les contrats ou les testaments caractérisés par deux éléments : unité d'obligation, et pluralité de liens ; les effets qu'elle comportait étaient tous rattachés à ces deux éléments : l'idée d'un mandat de représentation réciproque entre les débiteurs corréaux était inconnue. Lorsque le recours fut admis entre les débiteurs corréaux, il fut basé sur l'idée de société, on admettait le recours entre eux suivant qu'ils étaient *socii* ou non.

La seconde, solidarité imparfaite, ou obligation *in solidum*, n'était que la fonction délictuelle de la solidarité ; elle prenait sa source dans la responsabilité collective et se justifiait par l'unité d'exécution et l'impossibilité fréquente de déterminer quelle était la responsabilité individuelle exacte de chacun des coauteurs de la faute.

Cette conception de la solidarité fut admise dans le droit ancien français, lors de la renaissance du droit romain.

Dumoulin, d'après la conception romaine, distingue deux sortes de solidarités : La solidarité parfaite qui résulte des contrats, lorsqu'elle a été

expressément formulée par les parties : « *Opportet expresse constare* » (1) ; la solidarité imparfaite qui existe dans tous les autres cas : c'est ainsi que, contrairement à ce qui était admis en droit romain et en opposition avec Pothier, Dumoulin ne considère pas comme une solidarité parfaite celle qui se trouve insérée dans un testament.

La même distinction entre la solidarité parfaite et l'obligation *in solidum* est enseignée par Cujas, par Donneau (2).

Dans les écrits de Pothier la distinction n'est pas mise en évidence, quoique cet auteur suive la tradition romaine. Dans son *traité des obligations*, n° 263. il dit, en parlant des obligations solidaires, « que l'obligation solidaire est une à la vérité par rapport à la chose qui en fait l'objet, le sujet et la matière, mais elle est composée d'autant de liens qu'il y a de personnes différentes qui l'ont contractée ».

Plus loin, pour justifier les effets de la solidarité, il se sert de l'explication élémentaire du droit romain : Unité d'obligation, et pluralité de liens. « D'après lui l'interpellation qui est faite à l'un des débiteurs solidaires, interrompt le cours de la prescription contre tous les auteurs : c'est encore

(1) Dumoulin. « Tr. divid. et individ. », pars III, n° 151.

(2) M. Gérardin. *Loco cit.*, 1885, p. 396.

une conséquence de ce que chacun des débiteurs est débiteur de la totalité. Le créancier, en interpellant le débiteur, l'a interpellé pour le total de la dette, et ils ne peuvent opposer la prescription puisque la dette dont ils sont tenus est la même que celle pour laquelle leur codébiteur a été interpellé pour le total » (1). La même raison est donnée par lui, pour expliquer pour quels motifs la dette est perpétuée à l'égard des autres codébiteurs solidaires, dans le cas de la perte de la chose par la faute ou depuis la demeure d'un des débiteurs. L'induction qu'on a tirée de son explication à savoir que le fait ou la demeure préjudicie aux autres *ad conservandam et perpetuandam obligationem non ad augendam*, relative à l'existence du mandat par lequel les codébiteurs se représenteraient mutuellement, est dénuée de tout fondement, car nulle part Pothier ne fait mention de l'existence de ce mandat (2).

De la solidarité en droit moderne.

Nous avons vu quelle était la constitution de la solidarité en droit romain et en droit ancien, et comment les deux principes énoncés, unité d'obli-

(1) Pothier. *Traité des Obligations*, nos 272 et 273.

(2) Note de M. Tissier. Sirey, 1893, I, p. 181.

gations et pluralité de liens, suffisaient pour en expliquer tous les effets. Il s'agit maintenant de rechercher quelle est la conception moderne de la solidarité ; de justifier notre proposition que la solidarité a été atténuée dans ses effets, par l'interprétation bienveillante de la jurisprudence de l'idée de mandat tacite et de montrer l'existence de cette atténuation dans les législations les plus récentes.

De toutes les institutions romaines, celle qui a été le plus fidèlement conservée par le droit moderne sans transformations trop radicales, c'est celle des obligations. La solidarité a été adoptée par le législateur moderne du Code civil, telle qu'elle se trouvait dans les écrits de Pothier, qui lui-même, comme nous l'avons vu, l'avait empruntée au droit romain. « La solidarité, dit M. Gérardin, n'a pas subi une profonde transformation, comme le pensent quelques jurisconsultes modernes, ou elle n'a subi d'autres transformations que celles qui ont frappé les obligations en général » (1). En effet, si on ouvre le *Traité des Obligations* de Pothier, on est frappé de l'identité des solutions que cet auteur donne d'après le droit romain, et de celles que le Code civil consacre dans la section iv, des obligations solidaires.

(1) *Loco cit.*, 1884, p. 238.

On est donc en droit de dire que les rédacteurs du Code civil ayant emprunté les principes de la solidarité à Pothier, ont aussi accepté l'interprétation que le jurisconsulte d'Orléans donnait de ces effets. Cette proposition est fortifiée par l'absence de toute autre interprétation parmi les premiers commentateurs du Code ; c'est ainsi que Duranton ne parle pas de la représentation qui aurait existé entre les codébiteurs solidaires.

Mais bientôt, à côté des solutions données par le droit romain et par Pothier, des idées nouvelles se sont fait jour ; elles apparaissent notamment dans les écrits de Merlin et aussi dans ceux de certains commentateurs du Code civil. Le premier parmi ceux-ci, Toullier, constatant l'insuffisance de l'explication élémentaire de Pothier, reconnaît la nécessité d'une autre explication : « Il faut, dit-il, chercher une raison plus concluante » (1). C'est ainsi que l'idée de mandat tacite de représentation s'est fait jour. Toullier trouve l'idée du mandat dans la nature même de l'obligation solidaire. Il part du principe de l'existence d'une société entre les débiteurs solidaires, qui, par un seul et même contrat, s'obligent à une seule et même dette ; de cette notion, il déduit une présomption de mandat que les codébiteurs se donnent mutuellement de

(1) Toullier. *Droit civil français*, n° 29, t. VI.

payer les uns pour les autres. Le paiement effectué par l'un des codébiteurs, est réputé fait en son nom et au nom des autres ; « de même, dit-il, et toujours en vertu de ce mandat tacite, le créancier agissant contre un seul débiteur, doit être considéré comme agissant contre tous, car chaque débiteur représente les autres codébiteurs pour la dette solidaire. »

Dans les écrits de Merlin, la théorie du mandat s'affirme davantage ; ce jurisconsulte reconnaît le pouvoir à un débiteur solidaire de représenter les autres codébiteurs, même dans les actes desquels résultera une aggravation de leur condition : c'est la théorie du mandat illimité. « D'un autre côté, dit-il, le codébiteur solidaire, pour ou contre lequel un jugement a été rendu, ne forme moralement qu'un seul individu avec les autres, parce qu'ils n'ont pas pu s'obliger solidairement à la même dette, sans se constituer mandataires l'un de l'autre pour la payer, et par suite pour se représenter mutuellement dans tous les actes et toutes les procédures qui tendraient à la faire payer... » Et plus loin : « Donc, les actes qui faits avec, pour ou contre l'un des débiteurs solidaires, ont pour résultat d'empirer la condition des codébiteurs, ne sont pas plus à l'égard de ceux-ci (1)

(1) Chose jugée. *Questions de droit*, p. 316, § 8.

res inter alias acta, que s'ils aboutissaient à l'amélioration de leur condition commune ».

La même idée de mandat se rencontre dans l'ouvrage de Rodière ; mais chez lui, ce mandat est plus restreint : « Nous admettrons d'ailleurs facilement la présomption de mandat d'un débiteur aux autres, quand il ne s'agit pour le créancier que d'éviter une perte ou une déchéance » (1).

Depuis lors, cette conception n'a fait que progresser. L'idée de représentation tacite se retrouve chez presque tous les auteurs modernes ; elle prend dans leurs écrits une place de plus en plus prépondérante ; l'ancienne explication de Pothier est presque oubliée.

Mais si l'unanimité existe quant à l'admission de cette idée de mandat tacite, elle est loin d'exister quant à l'étendue de ce mandat. Des dissidences graves partagent la doctrine moderne sur la question de savoir quelle capacité on doit reconnaître au mandataire.

La formule qui groupe le plus grand nombre d'auteurs paraît être celle qui reconnaît, en vertu de ce mandat tacite, la qualité à l'un des débiteurs solidaires, d'améliorer la condition de ses codébiteurs, et de conserver et perpétuer la dette solidaire dans l'intérêt du créancier. Cette idée de

(1) *Traité de l'indivisibilité et de la solidarité*, n° 413.

mandat à double but est soutenue par *MM. Aubry et Rau*. « Les codébiteurs solidaires, étant tenus les uns et les autres et chacun pour tous du total de la dette, doivent par cela même être considérés dans leurs rapports collectifs avec le créancier, comme se représentant réciproquement les uns les autres. Cette représentation qui a lieu dans l'intérêt du créancier vis-à-vis des différents codébiteurs solidaires, existe également contre lui dans l'intérêt de ces derniers. ... Les codébiteurs solidaires se représentent les uns les autres dans l'intérêt du créancier pour tout ce qui est relatif à la conservation et à la poursuite de ces droits, de sorte que, ce qui, sous ce rapport, a été fait avec ou par l'un d'eux, est censé fait avec ou par tous les autres ». Et plus loin, page 30, tome IV : « Le principe d'après lequel les codébiteurs solidaires se représentent les uns les autres dans l'intérêt du créancier, n'ayant d'autre cause ou d'autre fondement que l'engagement qu'ils ont contracté envers lui, ne s'étend pas aux faits ou actes qui auraient pour résultat soit de créer à leur charge des obligations nouvelles, soit de détériorer sous un rapport quelconque leur condition, telle que l'a faite le titre consécutif de l'engagement » (1). La même idée se retrouve dans les écrits de Demolombe :

(1) Aubry et Rau. *Droit civil*, t. IV, p. 28 et 30.

« Il existe entre les codébiteurs solidaires, un mandat tacite, par suite duquel ils se représentent les uns les autres, envers le créancier (1) ».

La même théorie est enseignée par M. Colmet de Santerre. « On considère les codébiteurs solidaires comme mandataires les uns des autres, comme se représentant mutuellement, mais seulement dans les limites primitivement assignées à l'obligation, de sorte que, du chef de l'un d'eux, par sa faute ou sa demeure, l'obligation de l'autre peut être perpétuée mais non augmentée » (2). C'est le mandat formulé, d'une façon commune *ad conservandam et perpetuandam obligationem, nos ad augendam*.

Dans ce système on envisage les articles 1205-1207 Code civil comme constituant une application du mandat *ad conservandam et perpetuandam*, et par conséquent comme une justification de l'admission de cette représentation. Nous croyons au contraire que cette justification ne peut pas s'induire des articles 1205-1207. Tout au contraire, on pourrait soutenir que le mandat que les débiteurs solidaires se sont donné, comprend aussi le pouvoir d'aggraver la situation des codébiteurs

(1) Demolombe. t. XXVI, n° 201.

(2) Demande. Continué par M. Colmet de Santerre. *Cours analytique du Code civil*, t. V, p. 203.

et ce serait plus logique (1). Il y a quelque chose de contradictoire dans ce mandat restreint ; comment comprendre que le débiteur solidaire ait pouvoir de conserver et perpétuer l'obligation et non pas de l'aggraver ? On ne peut qualifier ce mandat que de mandat *sui generis*, car toujours le mandat donne pouvoir au mandataire d'accomplir tel ou tel acte, et par conséquent les pouvoirs du mandataire doivent être envisagés d'après la nature de l'acte à accomplir, mais non d'après le résultat. Même en admettant cette idée de mandat telle qu'elle est formulée par la doctrine, il faut reconnaître qu'elle ne donne pas une explication satisfaisante des textes, pour lesquels il aurait été conçu. En effet comment expliquer l'article 1207 dans cette opinion ? Les auteurs qui préconisent cette obligation, reconnaissent leur impuissance et sont obligés d'avouer que l'article précité, constitue une exception dans leur système. Il est certain que pour expliquer un texte, ou le mécanisme d'une institution juridique, le commentateur ou la jurisprudence a besoin d'un système, mais il n'en est pas moins vrai que la première condition de l'admission d'un système c'est d'avoir une base réelle dans les textes.

(1) C'est avec cette étendue que le mandat a été introduit dans le code japonais.

Il est une autre théorie, tout aussi arbitraire, mais au moins plus équitable et plus logique, qui consiste à dire que les codébiteurs solidaires se sont donné mandat pour améliorer leur situation, mais non pour la rendre plus grave. C'est la théorie de M. Larombière, adoptée par la Cour de cassation : « La solidarité entre débiteurs, comme la solidarité entre créanciers, repose sur la pensée d'un mandat réciproque et mutuel que les codébiteurs sont censés s'être donné l'un à l'autre, pour se représenter dans tout ce qui concerne l'exécution de leur engagement commun. Mais ce mandat sous-entendu est lui-même limité par certaines restrictions, qui empêchent les débiteurs de se représenter l'un l'autre en tout et d'une manière parfaite. » Et il termine en disant : « Qu'il nous suffise de dire, quant à présent, en termes généraux, qu'elles ont leur point de départ dans ce principe, chaque débiteur peut rendre meilleure la position de ses consorts, mais qu'il ne peut la rendre pire par son fait personnel » (1).

Dans ce système, on doit envisager les articles 1206-1208 C. civ. comme constituant une dérogation au principe, que les codébiteurs se sont donné mutuellement mandat pour améliorer leur situation ; car des textes précités, le mandat conduit

(1) M. Larombière. *Obligations*, t. III, p. 389, n° 4.

non pas à l'amélioration mais bien au contraire à l'aggravation de la situation des codébiteurs. Seul l'article 1205 C. civ. peut fournir une base à ce système, et il est certain que, si le principe de représentation doit être admis, cette représentation ne peut être reconnue que limitée ; ainsi le veulent l'équité et l'esprit de l'article 1205.

C'est avec ce dernier système que se trouve justifiée la proposition que nous avons émise relative à l'amélioration de la condition des codébiteurs par l'admission de l'idée de mandat. Cette tendance à l'amélioration apparaît d'une façon évidente dans l'application que la jurisprudence a faite du principe de la représentation entre débiteurs solidaires au regard du créancier.

L'idée de représentation est restée longtemps, sans que la jurisprudence en ait fait une application quelconque.

Suivant la tradition romaine, elle cherchait à expliquer les effets de la solidarité par le principe classique de l'unité d'obligation et pluralité de liens.

C'est ainsi que faisant application du principe de la pluralité de liens, elle avait décidé que la chose jugée entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, était *res inter alios acta* à l'égard des autres codébiteurs solidaires. Cass. 29 nov. 1836,

(Sér. 1837. 1. 362), 15 janv. 1839 (Sér. 1839. 1. 97) (1).

Cette jurisprudence ne dura que jusqu'en 1873, depuis lors, la Cour de cassation, en admettant le principe de la représentation par un arrêt du 15 janvier 1873 a complètement réformé la jurisprudence antérieure. Cet arrêt rendu sur le rapport de M. Larombière décide : « Attendu qu'en conférant d'une part, au créancier d'une obligation solidaire le droit de contraindre celui des débiteurs qu'il vont choisir pour la totalité, et d'interrompre la prescription à l'égard de tous pour les poursuites faites contre l'un d'eux en autorisant d'autre part le codébiteur poursuivi à opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, ainsi que celles qui sont communes à tous les coobligés, les articles 1202, 1203, 1204, 1206, 1208 C. civ., font de chacun d'eux le contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ses consorts, en tant que ceux-ci n'ont à opposer aucune exception qui leur soit personnelle ; qu'il suit de là que chacun d'eux, soit qu'il ait été ou non assigné ou intervenant en première instance aux fins de déclaration de jugement commun, doit être admis, alors même qu'il n'est personnellement ni appelant ni intimé, à pro-

(1) Note de M. Lacoste. Sirey, 1884, II, p. 17.

filer tant de l'appel principal que de l'appel incident formé par l'un de ses codébiteurs ».

Ce principe une fois admis, la Cour de cassation en fit l'application en décidant que la chose jugée au regard de l'un des codébiteurs solidaires est opposable aux autres. C'est ainsi que cette jurisprudence s'est affirmée dans plusieurs arrêts récents. 28 décembre 1881 (Sér. 1883. 1. 465) et 1^{er} décembre 1885 (Sér. 1886. 1. 55). Ces arrêts consacrent la théorie du mandat illimité, car ils décident que la chose jugée avec un des codébiteurs solidaires pourra être opposée aux autres dans tous les cas, sans distinguer comme dans la doctrine si le jugement est ou non favorable aux autres codébiteurs.

Mais la question de l'étendue de cette représentation était restée en dehors des décisions de la Cour suprême. Quoique celle-ci ait admis le principe de la représentation, elle ne s'était pas prononcé sur les dissentiments qui partageaient la doctrine sur ce point.

Ce n'est que le 16 décembre 1891, que la Cour a pris partie sur l'étendue du principe de représentation, en donnant une formule générale de ce principe comme base de l'interprétation des effets de la solidarité. La Cour par l'arrêt cité, fait sienne l'interprétation que M. Larombière avait donnée du mandat réciproque des codébiteurs.

« En règle générale, dit l'arrêt, et sauf les exceptions pouvant résulter d'une disposition expresse ou virtuelle de la loi, le mandat que les débiteurs solidaires sont réputés se donner entre eux, s'il leur permet d'améliorer la condition de tous, n'a pas pour effet de nuire à aucun d'eux ». (S. 1893 1-81). C'est une déclaration de principes importante ; elle constitue une règle de droit, avec laquelle il faut désormais compter, pour résoudre les difficultés qui se présenteront à la suite de l'application de la solidarité.

Comme le porte l'arrêt, le correctif introduit par la jurisprudence, dans le principe de la représentation, conduit à une atténuation notable des effets de la solidarité, partout où l'admission de ce principe n'est pas contredite par une disposition expresse ou virtuelle de la loi. C'est de la sorte que nous justifions la proposition de l'alténuation des effets de la solidarité. Une difficulté reste à résoudre par la jurisprudence, celle de concilier cette application bienveillante du principe de représentation, cette représentation imparfaite, avec la solution précédemment admise en matière de chose jugée. La Cour maintiendra-t-elle la règle générale ?

Distinction des deux solidarités dans le droit moderne.

L'introduction de l'idée de mandat par la doc-

trine a été la source d'une division de solidarité qui est enseignée par nombre d'auteurs modernes.

De ce que, dans de nombreux cas de solidarité légale, l'idée de mandat n'apparaît pas, plusieurs commentateurs modernes ont proposé de distinguer deux sortes de solidarité : une solidarité parfaite, une autre imparfaite, ou simple obligation *in solidum*, suivant que l'idée de mandat pourrait ou non être présumée.

Mais la même incertitude, que nous avons rencontrée dans la doctrine lorsque nous parlions de l'étendue du principe de représentation, se retrouve ici à nouveau.

Les auteurs qui admettent cette distinction, n'ont pas pu se mettre d'accord sur le point de savoir dans quels cas il y a solidarité parfaite, et par conséquent possibilité à l'application de l'idée de mandat et dans quels cas solidarité imparfaite.

Cette incertitude s'est fait jour dans deux circonstances : d'abord à propos de la solidarité légale, celle qui a sa source dans la loi, et ensuite à propos de la responsabilité collective qui a sa source dans un fait préjudiciable accompli par plusieurs personnes en commun.

Plusieurs systèmes sont à signaler.

Dans un premier, on ne reconnaît comme parfaite que la solidarité qui a sa source dans la convention.

Un autre système consiste à dire que la solidarité sera parfaite, non seulement quand elle est conventionnelle, mais encore lorsqu'elle est légale, si la loi qui l'a établie peut être considérée comme déclarative de la volonté des parties ; elle sera par contre imparfaite lorsque la loi doit être considérée comme impérative, lorsque la solidarité sera établie dans un motif d'ordre public.

C'est ainsi que MM. Aubry et Rau suivant ce principe reconnaissent la qualité de solidarité parfaite aux dispositions des articles 393 et 1.033, 1.887 et 2.002, et ils disent que dans ces cas « la solidarité est plutôt conventionnelle que légale proprement dite ; elle produit tous les effets qu'engendre une obligation contractée avec une clause expresse de solidarité » (1).

Dans un autre système, la distinction repose sur une question de fait. La solidarité est parfaite lorsqu'elle existe entre plusieurs personnes qui se sont réunies, associées, pour s'obliger ensemble, ou plus généralement lorsqu'il existe entre elles des intérêts communs ; imparfaite dans le cas contraire (2).

Cette distinction dans la solidarité a comme résultat de limiter à la solidarité parfaite les effets

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 49.

(2) Moulon. *Code civil*, t. II, n° 1259.

qui ont pour fondement le mandat mutuel et de ne reconnaître à la solidarité imparfaite, que les effets qui n'ont pas cette base. Cette différence est caractérisée par MM. Aubry et Rau avec beaucoup de clarté : « Les dispositions de cette nature ne créent pas directement et par elles-mêmes des obligations parfaitement solidaires. Elles donnent seulement au créancier, le droit d'agir pour le total contre l'une ou l'autre des personnes responsables, et celui de provoquer contre toutes une condamnation solidaire. Il en résulte que les effets attachés aux obligations solidaires proprement dites, ne s'étendent pas tous et nécessairement aux cas de responsabilité légale dont il vient d'être parlé, tant et aussi longtemps qu'il n'est pas intervenu de condamnation solidaire. »

Dans ce système, les autres cas de solidarité indiqués par les articles 395, 1442 C. civ. et 55 Code pénal, constituent la solidarité imparfaite, à l'égard de laquelle sont inapplicables les articles 1205 Code civil, relatif à la faute et à la demeure de l'un des débiteurs solidaires, 1206 C. civ. relatif à l'interruption de la prescription et 1207 C. civ., relatif aux intérêts. En effet, le principe qui commande ces effets dans la solidarité parfaite fait ici défaut. Il ne reste donc aux créanciers, dans ces cas de solidarité imparfaite, que le

droit de poursuivre pour le tout un des débiteurs solidaires à leur volonté.

Ainsi présentée, la distinction des deux solidarités semble arbitraire, et ne repose sur aucun texte. Le législateur, dans les articles qui créent une obligation solidaire, n'emploie qu'un seul mot, partout le même. (V. art. 395, 396, 1442, 1033 Code civil et 55 Code pénal). Comment dès lors supposer qu'il a eu l'intention de distinguer deux espèces de solidarité? Le législateur, dans la section IV, *Des obligations solidaires*, a pris la peine de définir ces obligations et de déterminer dans quels cas et comment une obligation solidaire peut être constituée et quels en sont les effets. Ces effets sont les mêmes partout où la solidarité existe, qu'elle soit conventionnelle ou légale. Si le législateur avait eu l'intention de distinguer deux sortes de solidarité, il est certain qu'il n'aurait pas manqué de le faire dans l'article 1202 Code civil, mais il ne l'a pas fait ; c'est donc qu'il a entendu appliquer les mêmes principes dans tous les cas où la volonté de l'homme ou la loi établit la solidarité.

Une preuve évidente, d'après nous, de l'existence d'une seule solidarité, c'est que, quand le législateur a voulu modifier cette solidarité, il l'a fait en termes formels. C'est ainsi qu'il a apporté

une modification en matière commerciale à la solidarité qui existe entre divers signataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre (art. 140 et 187 Code commerc. (1). Or, comment admettre, en présence de ces dispositions, que le législateur ait eu l'intention de modifier dans certains cas les effets de la solidarité? et cette modification doit-elle être acceptée malgré son silence, alors que les articles 167 et 168 C. comm. prouvent que, quand il a eu cette intention, il l'a traduite par des dispositions formelles.

La majorité de la doctrine (2) et la jurisprudence refusent jusqu'à présent de reconnaître deux sortes de solidarité pour les applications que le législateur a faites de la solidarité légale. Il faut reconnaître qu'en prenant ce parti elles continuent la tradition. En effet Pothier, qui a été le guide du législateur en cette matière, ne distingue pas entre la solidarité légale et la solidarité conventionnelle au point de vue des effets de l'une ou de l'autre. (N° 265 à 268 *des Obligations*).

(1) Colmet de Santerre, t. V, n° 135 *bis*. Demolombe, t. XXVI, n° 290 et suiv. Théophile Hue, t. VII, n° 331, *Commentaire théorique et pratique du C. civil*. Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 989.

(2) M. Thaller. *Droit commercial*, éd. 98, p. 743.

Nous avons repoussé l'idée d'une division de la solidarité en matière de solidarité légale. Il s'agit de savoir si à côté de cette solidarité unique, il n'existe pas dans le droit moderne une solidarité imparfaite ou obligation *in solidum*.

Nous avons parlé, dans l'étude rapide de la solidarité en droit romain, de la responsabilité collective, de la fonction délictuelle de la solidarité en matière de délits et quasi-délits civils, et nous avons vu que les Romains reconnaissaient dans ces cas au créancier auquel un préjudice avait été causé par plusieurs auteurs, le droit de demander la réparation intégrale à chacun des coauteurs du fait dommageable. Cette obligation *in solidum* dans le droit romain était différente des obligations corréales, les effets de celui-ci ne s'appliquant pas à l'obligation *in solidum*.

De même qu'en droit romain, une jurisprudence constante dans le droit moderne, décide que les coauteurs d'un délit civil, sont obligés chacun à la réparation intégrale du préjudice causé, à moins qu'il ne soit possible de déterminer la responsabilité individuelle de chacun, auquel cas ils ne seraient tenus que pour partie. (Cass. 28 janvier 1885 (S. 85.1.480), 8 juillet 1885 (S. 85.1.494), 18 novembre 1885 (D. 86.1.398), 11 juillet 1892 (D.

P. 94.1.561), 26 juin 1894 (D. P. 94.1.440), 17 octobre 1894 (D. P. 95.1.72).

Le principe générateur de la responsabilité intégrale de chaque auteur du fait dommageable c'est l'impossibilité de déterminer d'une façon exacte la responsabilité individuelle de chacun des auteurs. C'est d'après ce principe que la Cour de Cassation décide qu'il y a lieu de déclarer responsable pour le tout chacune des différentes personnes qui, sans s'être concertées, ont causé par leur fait le même préjudice. Dans ce cas, chacune des personnes est considérée comme étant effectivement l'auteur pour le tout du délit.

Mais la question se pose, de savoir quelle est la nature juridique de cette responsabilité intégrale : faut-il considérer l'obligation qui incombe à chacun des auteurs comme une obligation solidaire ou comme une simple obligation *in solidum* ?

Suivant l'avis de Pothier, la jurisprudence, dont la direction ne paraît pas devoir changer, considère comme solidaire l'obligation intégrale des différents auteurs d'un délit ou quasi-délit civil. Dans les nombreux arrêts sur la matière les termes employés ne sont pas autres que les mots *solidaires*, *solidarité*. Un arrêt récent de la chambre des Requêtes, 10 novembre 1890 (S. 91.1.241) repousse toute distinction entre la solidarité et l'obligation *in solidum* en matière de responsabi-

lité civile et applique dans ce cas le principe du mandat des obligations solidaires.

Dans la doctrine, M. Larombière enseigne qu'il s'agit bien de la solidarité, au sens exact du mot. « La solidarité, dit-il, n'existe pas seulement de plein droit, en matière de crimes et de délits, aux termes de l'art. 55 du Code pénal : elle existe aussi en matière de simples délits civils ou de quasi-délits » (1).

Mais la majorité des auteurs repousse cette conception, et nous partageons ce sentiment.

D'après l'article 1202 il n'y a d'obligation solidaire que celle qui est établie par un texte de loi ou par la convention. Quand M. Larombière dit, dans l'intention de tirer un argument en faveur de l'existence de la solidarité en matière de délit et quasi-délict civil, « il est bien évident d'abord que l'art 1202 C. civ., en disant que la solidarité doit être expressément stipulée, indique suffisamment qu'il n'est applicable qu'à la solidarité conventionnelle, et non aux engagements qui, résultant de délits ou de quasi-délits, se forment sans convention », il omet que le législateur n'a nulle part décidé qu'en cas de responsabilité civile il y aurait ou non solidarité pour que le mode de constitution de cette solidarité soit ou non régi par

(1) Larombière sur l'article 1202, n° 22.

l'art 1202. L'article précité ne peut fournir aucun argument. D'un autre côté l'article 55 du Code pénal étant relatif à la solidarité résultant d'une responsabilité pénale, ne peut pas recevoir application en notre matière. La solidarité constitue une exception en matière d'obligation ; on ne peut l'étendre d'un cas à un autre sans une disposition formelle de la loi. C'est ce que le législateur a fait dans une hypothèse spéciale en déclarant solidairement responsables du dommage causé les propriétaires des chèvres conduites en commun. (Loi du 4 avril 1889, art. 3).

Or, cette disposition serait inutile si l'on adoptait l'opinion de la jurisprudence ; si, au contraire, on voulait voir dans cette disposition une consécration de la décision de la jurisprudence, on serait alors en droit de s'étonner de la forme spéciale que le législateur a choisie.

C'est pour toutes ces raisons que nous rejetons cette opinion ; nous croyons que l'obligation de laquelle sont tenus les auteurs d'un délit ou quasi-délit civil, est une obligation *in solidum* dans laquelle, l'idée de mandat faisant défaut, les articles 1205, 1206, 1207 ne sont pas applicables.

Dans l'obligation *in solidum*, chacune des obligations est indépendante par rapport à l'autre, tant au point de vue de la poursuite de l'un des débiteurs, qu'au point de vue du fait personnel de

l'un d'entre eux ; le seul point commun, c'est l'identité d'objets. Aussitôt que cet objet identique à toutes les obligations a été payé, toutes ces obligations sont éteintes, car elles se trouveraient sans objet. Tout autre fait d'un des débiteurs *in solidum* est relatif sans aucune répercussion sur le droit d'un autre codébiteur.

Il est facile de voir, d'après ce que nous avons dit plus haut, combien plus avantageuse est la situation d'un débiteur dans l'obligation *in solidum*, que celle d'un débiteur dans l'obligation solidaire. Dans cette dernière, le débiteur est tenu non seulement de sa faute personnelle, mais même du fait de l'un de ses codébiteurs : la perte de la chose par la faute ou après la demeure de l'un perpétue l'obligation à l'égard des autres. C'est ainsi que dans la solidarité parfaite, les codébiteurs répondent non seulement de leur insolvabilité réciproque, mais aussi de leur faute. Or, on peut dire sans exagération que l'obligation solidaire, telle que le Code civil l'a établie, est excessivement lourde. Elle exige de la part de celui qui s'oblige sous cette modalité une connaissance parfaite de ses autres codébiteurs. Cette conception de la solidarité a pu être bonne pour le cas où elle intervenait entre personnes ayant des intérêts communs ; et si à l'origine la solidarité, de même que le cautionnement, n'intervenait qu'entre per-

sonnes réunies par un lien de parenté ou d'amitié, aujourd'hui elle intervient le plus souvent entre étrangers, tels les endosseurs d'une lettre de change ; comment en toute équité rendre dès lors ces diverses personnes responsables de leur fait personnel les unes envers les autres.

C'est cette pensée, croyons-nous, qu'a conduit la Cour de cassation à l'interprétation bienveillante du mandat de représentation.

Par cette interprétation, la jurisprudence est arrivée à déterminer une amélioration dans la situation des codébiteurs solidaires. Cette tendance, que nous avons constatée dans la jurisprudence française, se manifeste d'une façon beaucoup plus évidente, dans le nouveau Code civil allemand.

De la condition des débiteurs solidaires dans le nouveau Code civil allemand et dans le Code des Obligations suisse.

Le législateur du nouveau Code civil allemand ne reconnaît qu'une seule solidarité. Toutes les fois que, pour une même prestation, plusieurs personnes sont obligées, les mêmes règles seront appliquées. La distinction de deux sortes de solidarité, solidarité parfaite ou obligation corréale, et solidarité imparfaite, responsabilité collective ou obligation *in solidum*, n'est pas admise.

Pour bien marquer cette intention, et afin de ne laisser place à aucune équivoque, le législateur allemand désigne, dans la section IV, les obligations solidaires sous la dénomination générale de « Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldmern », « Pluralité des débiteurs ou des créanciers » (1).

C'est dans les articles 420 à 431 (2) que le législateur allemand pose les règles relatives à la solidarité. Ces dispositions sont très intéressantes, par la situation qu'elles créent aux débiteurs solidaires, situation meilleure que celle qui leur est faite par le Code civil et la jurisprudence française.

Dans cette étude de la solidarité du nouveau Code civil allemand, nous citerons seulement les articles qui, par leurs dispositions, améliorent la condition des débiteurs solidaires.

Après avoir posé le principe de la divisibilité comme règle de droit commun dans l'article 420, et donné la définition de l'obligation solidaire dans l'article 421, le législateur allemand, continue ainsi :

« Art. 422. Le paiement fait par un débiteur

(1) M. Endemann. *Einführung in das Studium des Bürgerlichen gesetzbuchs.*

(2) Code civil allemand. Traduction de M. Meulenaere.

solidaire profite aux autres débiteurs. Il est de même de la dation en payement, de la compensation, de la consignation. La créance d'un débiteur solidaire ne peut être opposée en compensation par les autres débiteurs.

Art. 423. La remise convenue entre le créancier et un débiteur solidaire profite aussi aux autres débiteurs, lorsque les contractants ont voulu éteindre l'obligation en totalité.

Art. 424. La demeure du créancier vis-à-vis d'un débiteur solidaire profite aussi aux autres débiteurs.

Art. 425. — A moins que le contraire ne résulte de l'obligation, les faits autres que ceux désignés aux articles 422 à 424 n'ont d'effet que pour ou contre le débiteur solidaire dans le chef duquel ils surviennent. Cette règle s'applique spécialement à la notification, à la demeure, à la faute, à l'impossibilité de la prestation dans le chef d'un débiteur solidaire, à la prescription, à l'interruption et à la suspension de la prescription, à la confusion et à la chose jugée. »

En analysant ces textes, on constate que le législateur allemand a rejeté la doctrine française du mandat réciproque limité entre les créanciers et les débiteurs. En effet, toutes les dispositions qui forment la base de cette théorie, et qui sont contenues dans le Code civil français, dans les ar-

ticles 1205, 1206 et 1207, n'ont pas trouvé place dans le Code civil allemand. C'est ainsi que l'article 425 du Code civil allemand, dispose que la demeure ou la faute de l'un des codébiteurs n'a aucune influence sur la situation des autres, son effet est purement relatif à celui qui est en faute ou en demeure. « M. Saleilles, dans son remarquable ouvrage « Essais d'une théorie générale de l'Obligation d'après le projet du Code civil allemand », pour montrer la relativité de l'effet de la faute ou de la demeure s'exprime ainsi : « Si donc la chose périt par la faute de l'un ou pendant sa demeure, ce sera un cas fortuit à l'égard des autres, et de même si l'un des créanciers, en supposant que la demeure ne résulte pas de l'échéance du terme, auquel cas elle se produirait à l'égard de tous, a fait seul sommation et acquis par là droit aux intérêts moratoires ou à l'indemnité pour perte arrivée pendant la demeure, les autres ne pourront rien réclamer de ce chef » (1).

La même solution est consacrée par le Code civil allemand en ce qui concerne l'interruption et la suspension de prescription ; l'effet de cette interruption ou de la suspension est relatif ; la prescription continue à l'égard des autres débiteurs.

En matière de chose jugée, là précisément où

(1) M. Saleilles. *Loco cit.*, p. 113.

l'idée d'un mandat réciproque a été admise tout d'abord par la Cour de cassation française, le législateur allemand repousse tout effet du jugement à l'égard des autres codébiteurs qui n'ont pas été compris dans l'instance. En ce qui concerne l'effet libératoire du paiement, le Code civil allemand assimile au paiement, la dation en paiement et la consignation ; la libération effectuée par un de ces moyens est absolue, elle libère tous les codébiteurs.

Pour ce qui est de la compensation, l'article 422 du Code civil allemand admet la même solution que celle du Code civil français, article 1294. Cette solution est plus logique dans le Code civil allemand, où la compensation est conventionnelle, que dans le Code civil français, où elle est légale. De même que dans le Code civil français, elle ne constitue un paiement qu'autant qu'elle a été opposée par celui au profit duquel elle existe, et, dans ce cas, elle libère tous les codébiteurs ; mais tant qu'elle n'a pas été opposée par celui du chef duquel elle existe, les autres codébiteurs ne peuvent pas l'opposer, même pour partie, comme le décidait Pothier (1).

La confusion, suivant l'article 425 du Code civil allemand, n'a aucun effet à l'égard des autres

(1) Pothier. *Obligations*, n° 274.

intéressés. « Elle supprime un créancier ou l'un des débiteurs, elle ne supprime pas l'objet de la dette » (1). Pour ce qui est de la remise de la dette, l'article 423 n'établit aucune présomption ; il laisse le soin aux parties de déterminer l'étendue d'une convention semblable en cas de doute sur les conséquences de la remise, la preuve se fera suivant le droit commun.

Telles sont les dispositions du Code civil allemand relatives à la solidarité. Il semble que le législateur allemand a non seulement rejeté la théorie de la représentation réciproque admise par la doctrine et la jurisprudence françaises, mais bien aussi le principe romain de l'unité d'obligation et pluralité de liens, et qu'il a substitué à toutes ces conceptions celle de l'obligation *in solidum* ou solidarité imparfaite.

« Cela revient à dire, d'après M. Raoul de la Grasserie, que la solidarité ne consiste plus que dans le droit de la part de chaque créancier d'exiger et de recevoir seul le paiement ou tout acte y équivalent, et la passive ne consiste plus que dans celui d'exiger et de recevoir le paiement ou toute équivalence de chacun des débiteurs. Tout ce qui dépasse ce résultat est aboli » (2).

Dans cette opinion, qui trouve un fondement

(1) M. Saleilles. *Loc. cit.*, p. 122.

(2) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1894, p. 618.

réel dans les textes cités du Code civil allemand, surtout en ce qui concerne la solidarité passive, l'unité d'obligation n'existe plus; elle est remplacée par une pluralité d'obligations absolument distinctes les unes des autres; le seul point commun, c'est l'identité d'objet. Ainsi formulée, cette opinion reproduit la conception que Kuntze avait émise de la solidarité: « L'obligation corréale n'est pas une obligation une, née à l'égard de plusieurs, mais une obligation distincte née à côté de plusieurs autres semblables et ayant toutes même contenu, absolument comme la novation engendre une obligation nouvelle ayant même contenu que l'ancienne; la corréalité implique unité de contenu, disons unité d'objet, dans une pluralité simultanée d'obligations, et la novation implique unité d'objet dans une pluralité successives d'obligations » (1).

Dans ce cas on pourrait dire que le législateur allemand s'est rallié à la thèse adoptée par Kuntze. Cette assertion, justifiée en grande partie par les solutions admises dans le Code civil allemand, nous paraît en contradiction avec la disposition de l'article 423 Code civil allemand. « La remise convenue entre le créancier et un débiteur solidaire profite aussi aux autres débiteurs lorsque les con-

(1) M. Saleilles. *Loco cit.*, p. 114. Kuntze. *Obligations*, § 37.

tractants ont voulu éteindre l'obligation en totalité ». Cet article admet la remise objective, et alors à moins de soutenir que, dans l'esprit du législateur allemand, la remise de la dette, lorsqu'elle est absolue, a été assimilée au paiement, et que par conséquent, de même que le paiement éteint la dette et fait disparaître l'objet *ergo omnes*, de même la remise de la dette objective éteint la dette à l'égard de tous les codébiteurs ; on ne voit pas comment concilier cette disposition en matière de solidarité active avec l'opinion que nous avons rapportée plus haut.

Cette contradiction a été mise en évidence par M. Saleilles dans son étude dans ces termes : « Nous en avons déjà conclu que l'idée d'un mandat réciproque avait été rejetée par le projet (1) ; ajouterons-nous aussi que l'idée d'unité d'obligation aurait été repoussée, puisque généralement on ne l'admettait pas en matière de simple solidarité ? Nous nous trouverions ainsi en présence de plusieurs obligations devant s'éteindre par le fait d'une exécution unique. Nous serions d'autant plus en droit d'accepter cette conclusion, que nous allons voir rangées sous le même titre les obligations indivisibles ; et là, il est bien certain que l'obligation

(1) Le nouveau Code civ. allemand a admis la même solution que le projet.

est multiple, mais ne peut s'exécuter que par une seule prestation. Il en résulterait que le caractère de la solidarité du projet serait celui de l'indivisibilité conventionnelle de notre Code civil, que nous appelons l'indivisibilité *solutione tantum*, celle du n° 5 de l'article 1221 Code civil. Seulement il reste une solution du projet qui se trouverait très difficilement conciliable avec cette dernière idée, c'est l'admission en matière de solidarité active tout au moins, de la remise objective : qu'elle soit possible si l'on accepte l'unité d'obligation, rien de mieux ; il n'y a qu'une seule obligation, le créancier en faisant remise pour le tout ne dépasse pas ses droits et l'on revient ainsi à l'idée romaine d'un paiement fictif, comme pour l'ancienne acceptilation ; mais comment concilier cette solution avec la pluralité d'obligations ?

Le créancier peut bien faire remise de l'obligation dont il est créancier, mais comment supposer qu'il puisse disposer de l'obligation des autres ? Dira-t-on que tous se représentent réciproquement ? Mais nous avons vu que cette idée de représentation réciproque a été rejetée par le Code. Répondra-t-on que chacun pouvant poursuivre le tout peut également se tenir comme ayant reçu le tout et supprimer la dette ? Tout cela est fort bien si l'on admet l'unité d'obligation : S'il n'y a en effet qu'une seule obligation, chaque créancier peut se

comporter comme s'il était seul créancier. Mais s'il y en a plusieurs, le créancier ne poursuit que son obligation, et s'il se trouve qu'en même temps il demande le tout, c'est que le paiement a été déclaré indivisible; par conséquent, du moment qu'il ne s'agit plus de paiement, donc d'indivisibilité, il ne peut faire remise que de sa propre créance et non de celle des autres, l'idée de représentation ayant été rejetée. Nous pensons donc, malgré les vraisemblances qui sembleraient favorables à l'opinion contraire, que le projet a conservé l'ancienne conception d'une seule obligation avec pluralité de sujets soit actifs soit passifs; et s'il range l'indivisibilité dans la matière de la solidarité, il veut dire par là que toutes les règles de la solidarité compatibles avec l'idée d'une pluralité d'obligation seront applicables à l'indivisibilité; mais il ne préjuge pas les solutions qui pourraient se rattacher à l'idée qu'en pareil cas les obligations sont multiples, et laisse à la doctrine et à la jurisprudence le soin de les découvrir et de les appliquer » (1).

De toute façon, et indifféremment de la question de savoir quel a été le principe admis par le législateur allemand, les solutions que le nouveau Code civil allemand consacre relativement à la soli-

(1) M. Saleilles. *Loc. cit.*, p. 124 et 125.

darité, rendent la condition des débiteurs solidaires infiniment meilleure.

Chaque codébiteur, sujet passif d'un lien obligatoire distinct de celui des autres, ne peut être tenu envers le créancier que dans les limites de son engagement : aucune surprise, à ce point de vue, dans le droit allemand. Le fait ou la demeure de l'un des codébiteurs n'a aucune influence sur la situation des autres, de même que toute interpellation du créancier à un codébiteur reste relative à ce débiteur et n'a aucune répercussion sur les autres. Sur tous ces points, la solidarité du Code civil allemand diffère de celle du Code civil français, elle est plus équitable que celle du droit français.

Dans le droit allemand, la solidarité à effet restreint, telle qu'elle se trouve dans le nouveau Code, est appelée à remplacer complètement le cautionnement. Sauf le caractère accessoire de la caution, et le bénéfice de discussion qui a été maintenu par l'article 771 du nouveau Code civil allemand, mais assez limité par l'article 773 qui refuse le bénéfice de discussion à la caution dans plusieurs cas, la situation du débiteur solidaire est presque meilleure que celle de la caution. C'est pourquoi le législateur, dans plusieurs hypothèses, présume la solidarité en cas de doute. C'est ainsi que l'article 427, Code civil allemand, dispose : « Lorsque par contrat, plusieurs personnes s'obligent en

commun à une prestation divisible, en cas de doute ils sont tenus comme débiteurs solidaires » Cette disposition en même temps constitue une garantie favorable au créancier ; elle fut admise à la rédaction définitive du Code allemand, d'après le droit prussien. De même, l'article 769, Code civil allemand, déclare solidaires les cofidéjussés et abolit le bénéfice de division. Lorsque plusieurs cautionnent la même obligation, ils sont tenus solidairement, même s'ils ne s'engagent pas en commun. C'est l'indice de la fusion future de la solidarité et du cautionnement.

Une tendance analogue à l'amélioration de la condition des débiteurs solidaires, quoique moins nette que dans le Code allemand, se rencontre encore dans le Code suisse des obligations. L'article 165 du Code des obligations rejette l'idée de mandat de représentation. « L'un des débiteurs solidaires ne peut aggraver par son fait personnel la position des autres. » De même, en ce qui concerne la faute ou la demeure, le Code civil suisse déclare responsable celui-là seul qui est en faute ou en demeure. En ce qui regarde l'interruption de la prescription, le Code suisse consacre dans l'article 155 une solution tout à fait différente des précédentes. Cet article attribue à l'interruption de la prescription contre l'un des coobligés un effet absolu. Malgré cette disposition, ici encore

la situation des débiteurs solidaires est meilleure que dans le Code civil français.

Conclusions qui se dégagent de l'amélioration des effets de la solidarité au point de vue de son application en matière de cautionnement.

Si on se rappelle la tendance que nous avons signalée dans le sens de l'aggravation du cautionnement, tendance qui se manifeste dans la pratique des affaires sous différentes formes (renonciation de la caution aux bénéfices, cautionnement solidaire), on peut facilement se rendre compte de l'influence que l'amélioration des effets de la solidarité à l'égard des débiteurs solidaires, peut exercer sur le choix de celle-ci comme sûreté personnelle. En nous plaçant dans l'hypothèse très fréquente de la renonciation de la part de la caution aux bénéfices des articles 2021 et 2026, Code civil, nous verrons que la responsabilité de la caution est plus grande que celle d'un codébiteur solidaire.

D'après l'article 2013, Code civil, l'engagement de la caution ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. Mais cette limite observée, la caution, dans un cautionnement illimité, suivant l'article 2016, est tenu de tout ce que le débi-

teur principal doit en vertu ou à l'occasion de la convention cautionnée. « Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. » Cet article établit une responsabilité bien lourde pour la caution : elle sera tenue de la faute ou de la demeure du débiteur principal ; c'est ainsi qu'elle répondra des dommages et intérêts auxquels le débiteur principal pourra être obligé pour inexécution des obligations résultant du contrat. Sur ce point, la condition des codébiteurs solidaires est meilleure. L'article 1205, Code civil, décide que si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose, mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages-intérêts. Si nous ajoutons à ce qui précède l'atténuation des effets de la solidarité qui résulte de l'interprétation bienveillante que donne la Cour de cassation du mandat réciproque de représentation, nous aurons de la sorte déterminé les causes qui favorisent l'application de la solidarité en matière de cautionnement.

CHAPITRE II

FORMES ACTUELLES SOUS LESQUELLES SE MANIFESTE L'ÉVOLUTION DES SURETÉS PERSONNELLES FAVORABLE A L'APPLICATION DE LA SOLIDARITÉ

Outre la solidarité dont nous avons parlé dans le chapitre précédent, les formes actuelles que revêtent les sûretés personnelles dans le droit moderne sont les suivantes :

1. L'engagement solidaire des articles 1216 et 1431 Code civil ;

2. Le cautionnement dans lequel plusieurs cautions s'obligent solidairement entre elles, sans s'obliger solidairement avec le débiteur principal ;

3. La renonciation expresse de la part de la caution aux bénéfices de discussion et de division ;

4. Le cautionnement solidaire dans lequel cette renonciation est sous-entendue, et qui en raison des difficultés qu'il a suscitées, nous arrêtera plus longtemps (article 2021 Code civ., et 141 et 142 Code com. sur l'aval dans le droit commercial).

§ 1^{er}. — Engagement solidaire.

Dans la première hypothèse, celle prévue par les articles 1216 et 1431 Code civil, l'engagement du tiers est principal ; celui-ci est un débiteur solidaire par rapport au créancier, mais comme il n'est pas intéressé à la dette, l'obligation du tiers dans cette hypothèse a un double caractère.

Vis-à-vis du créancier, le tiers est tenu, nous l'avons dit, comme un débiteur solidaire intéressé à la dette ; il est par rapport à celui-ci, un codébiteur solidaire du débiteur principal ; par conséquent, les règles écrites dans les articles 1200 1217 lui sont applicables. Mais à l'égard du débiteur intéressé, les articles 1216 et 1431 nous disent que le tiers est réputé caution ; il en résulte que, dans leurs rapports, on appliquera les règles écrites au titre *du cautionnement*.

§ 2. — Cautionnement solidaire entre caution.

Dans la seconde hypothèse, l'engagement pris par les tiers n'est pas solidaire vis-à-vis du créancier ; en outre, ceux-ci ne s'étant pas obligés solidairement avec le débiteur principal, il en résulte

qu'ils ne peuvent pas être considérés comme des cautions solidaires ; les tiers dans ce cas sont de véritables cautions.

C'est ainsi qu'ils peuvent invoquer toutes les règles établies au titre XIV du Code civil relativement au cautionnement, qui ne sont pas incompatibles avec la nature du lien qui les rattache les uns aux autres.

Etant des cautions, ils peuvent opposer au créancier le bénéfice de discussion de l'article 2021 Code civil.

Le créancier ne peut se soustraire à la discussion du débiteur principal en objectant la nature du lien qui les unit, car l'article 2021 ne déclare déchues du bénéfice de discussion que la caution qui a renoncé expressément au bénéfice ou celle qui, sans y renoncer expressément, s'est obligée solidairement avec le débiteur principal. Or, dans l'hypothèse prévue, l'engagement solidaire n'existe qu'entre les cautions ; par rapport au créancier, celles-ci ne sont que des cautions ; donc ce cas reste en dehors de l'application exceptionnelle de l'article 2021.

Les cautions peuvent invoquer, pour la même raison, l'exception de l'art. 2037 Code civil et leur recours contre le débiteur principal s'exercera suivant les articles 2028-2032 du Code civil : c'est

ainsi qu'elles peuvent exercer le recours anticipé de l'article 2032 Code civil.

Mais en même temps, comme ces cautions sont solidairement obligées entre elles, il en résulte qu'elles ne pourront pas invoquer le bénéfice de division lors de la demande du créancier. Si on admettait en effet la solution contraire, tout l'avantage, toute l'utilité qui résulte d'un cautionnement pareil s'évanouirait, en même temps qu'on apporterait une exception aux principes de la solidarité.

En somme, la caution, dans cette hypothèse, est un obligé accessoire par rapport au débiteur principal et par rapport au créancier ; un coobligé solidaire par rapport aux autres cautions, et c'est pourquoi dans leurs rapports respectifs l'on appliquera les règles de la solidarité.

§ 3. — Renonciation aux bénéfices.

Dans le troisième cas, celui de renonciation expresse de la part des cautions aux bénéfices de discussion et de division, le caractère de la caution n'est pas changé. Celui qui se porte caution d'un débiteur et qui renonce à ces bénéfices ne devient pas pour cela un débiteur principal ; il conserve son caractère d'obligé accessoire ; donc sauf la

renonciation aux bénéfices, sa situation est celle d'une caution ordinaire.

Toutefois, en ce qui concerne le cautionnement solidaire la question est discutée ; aussi croyons-nous devoir nous expliquer plus longuement sur ce point.

§ 4. — Du cautionnement solidaire et de sa nature juridique.

Souvent, pour garantir plus efficacement la dette, la caution s'engage solidairement avec le débiteur principal, en prenant la qualité de caution solidaire.

Lorsque les parties n'ont pas déterminé dans le contrat la nature de leur engagement, la question se pose de savoir quelle a été leur intention : la caution a-t-elle voulu figurer au contrat comme codébiteur solidaire ou comme caution ? Quel parti doit prendre le juge chargé d'interpréter le contrat : considérer la caution comme un obligé principal ou comme un engagé accessoire ?

A cette question on a fourni deux réponses différentes.

I. — La caution solidaire, disent certains auteurs (Duranton, XVIII, n° 332 ; Massé et Vergé, sur *Zachariæ*, V, p. 70), est un véritable débiteur

solidaire. Sa condition est régie par l'article 1216 du Code civil.

Pour soutenir cette opinion on invoque plusieurs arguments : d'abord l'intention probable des parties qui ont voulu donner des garanties plus efficaces au créancier ; par conséquent faire de la caution, dans les rapports avec le créancier un véritable débiteur solidaire, et dans ses rapports avec le débiteur seulement lui maintenir le caractère de caution. Cet argument, disent les auteurs de l'opinion que nous exposons, est corroborée par les textes. C'est ainsi que l'article 2021 qui parle du cautionnement solidaire détermine les règles qui lui sont applicables : « A moins que la caution n'ait renoncé aux bénéfices de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. » Cet article renvoie à la solidarité et spécialement à l'article 1216 du Code civil qui, dans cette opinion, contient le principe général du cautionnement solidaire : « Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions. »

Ainsi, l'article 2021, Code civil précité, et l'opi-

nion qui voit dans l'intention des parties la preuve de ce fait, que la caution doit être traitée de deux façons différentes, suivant qu'on envisage ses rapports avec le créancier ou avec le débiteur, se trouvent d'accord.

Voici en quels termes Duranton détermine la condition de la caution solidaire. « Dans ce cas, et comme le dit positivement l'article 1216, ce n'est que par rapport au débiteur que celui qui s'est obligé solidairement avec lui, et dans l'intérêt seulement de ce débiteur est considéré comme sa caution : par rapport au créancier, c'est un débiteur solidaire ordinaire et pas autre chose », et plus loin cet auteur continue en assimilant la caution solidaire à un endosseur d'un effet de commerce, et en lui appliquant dans ses rapports avec le créancier toutes les règles de la solidarité.

Un arrêt récent de la Cour de cassation semble adopter ce point de vue (Cass., 7 juin 1882. D. 82-1-441). « Les effets juridiques du cautionnement solidaire, dit la Cour, sont régis par les principes établis pour les obligations solidaires, Code civil 2021 ».

Si cet arrêt était intervenu sur la question de principe elle-même, c'est-à-dire sur le point de savoir quelle est la nature juridique de la cau-

(1) Duranton. *Op. cit.*, p. 345.

tion solidaire, aurait ainsi tranché la question et fixé la jurisprudence; mais la difficulté qu'il devait résoudre était tout autre, et pour la trancher, il était inutile de recourir à toute assimilation entre la caution solidaire et le débiteur solidaire. Aussi croyons-nous que l'arrêt précité laisse entière la question de principe. Voici, en effet, le moyen précis que soulevait le pourvoi; lorsque l'une des cautions solidaires a été déchargée de la solidarité, et que l'une des autres cautions est devenue insolvable, faut-il appliquer l'article 1215, Code civil, ou l'article 2027 du même code? L'arrêt répond qu'il convient d'appliquer l'article 1215. « Dans le cas où l'un des débiteurs solidaires est devenu insolvable, la portion de la dette dont ce débiteur était tenu, doit être supportée par tous les autres codébiteurs y compris celui auquel il a été fait remise de la solidarité, et la part de ce dernier ne peut être mise à la charge du créancier. »

Mais pour justifier cette solution, et comme la question ne dépendait que du point de savoir si les cautions solidaires jouissent ou non du bénéfice de division, il eût suffi de faire ressortir du rapprochement des articles 2021 et 1203 que les cautions solidaires ne sont pas admises à invoquer le bénéfice de division; qu'à cet égard, ayant la même situation que les codébiteurs solidaires, elles ne

peuvent invoquer la disposition de l'article 2027 qui se rattache au bénéfice de division, et que par conséquent elles sont régies par l'article 1215 (1).

II. — D'autres auteurs, beaucoup plus nombreux, considèrent la caution solidaire comme un engagé accessoire. Malgré les arguments qu'on invoque dans la première opinion, nous croyons préférable l'opinion qui maintient son caractère accessoire à la caution solidaire, même à l'égard du créancier, et nous ne considérons l'engagement de la caution comme solidaire qu'au point de vue des bénéfices de discussion et de division : la solidarité, pensons-nous, ne constitue qu'une modalité du cautionnement solidaire, modalité qui ne peut pas l'emporter sur le caractère accessoire de la caution solidaire.

L'argument que l'on tire dans la première opinion de l'intention probable des parties n'est pas justifié ; en effet, que la caution s'engageant solidairement, ait voulu garantir plus efficacement le créancier, c'est indiscutable ; mais ce qui ne l'est pas, c'est qu'elle ait voulu s'engager principalement. Comment admettre que la caution qui s'oblige en cette qualité, ait voulu le faire à titre principal ? Si elle renonce aux bénéfices de discus-

(1) M. Thaller. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1883, p. 363.

sion et de division, peut-on en droit la considérer comme renonçant aussi aux autres bénéfices qui sont attachés à la qualité d'obligé accessoire, alors qu'il est de principe que les renonciations s'interprètent restrictivement? Evidemment non! Pareille interprétation de l'intention des parties est inadmissible en droit, comme contraire à l'esprit de la loi et aux dispositions de l'article 1162 du Code civil qui décide que dans le doute la convention s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation; or, dans cette hypothèse, le doute doit s'interpréter en faveur de l'obligé, de la caution.

Assimiler la condition de la caution solidaire à celle qui est faite par l'article 1216 au débiteur solidaire non intéressé nous semble une erreur que rien ne justifiait. Les engagements de ces deux sortes d'obligés sont tout à fait différents, et par conséquent leurs situations doivent de même être différentes.

Celui qui s'oblige suivant l'article 1216 du Code civil le fait d'une façon principale; il est quoique non intéressé à la dette un obligé principal. A l'égard du créancier, dans les termes de son engagement il n'a formulé aucune restriction, il est un codébiteur solidaire. Toute autre, au contraire, est l'obligation de la caution solidaire, en acceptant cette qualité de caution de la part d'un de ses co-

obligés, le créancier sait que la nature de son engagement est d'être essentiellement accessoire. Sans doute la caution solidaire renonce aux bénéfices de discussion et de division, mais elle ne reste pas moins une caution, un engagé accessoire.

Ce raisonnement trouve d'ailleurs un appui dans les dispositions des articles 1216 et 2021 Code civil. Dans l'article 1216, le législateur qualifie le débiteur non intéressé à la dette du nom de *coobligé solidaire*, il s'agit donc bien d'un débiteur principal, et si à la fin de l'article celui-ci est considéré comme une caution, ce n'est que pour déterminer sa situation vis-à-vis du débiteur solidaire seul intéressé à la dette ; à l'égard du créancier il est et il reste un codébiteur solidaire. Au contraire, dans l'article 2021 Code civil, le terme employé est celui de *caution*, et quoique la loi parle d'un engagement solidaire, elle ne dit nulle part que la caution est devenue un débiteur solidaire ; c'est donc qu'elle reste ce qu'elle était, c'est-à-dire une caution. S'il fallait montrer une confirmation de cette manière de voir, on la trouverait aussi nette que possible dans les termes employés par l'article 2021 Code civil *in fine*, « auquel cas *l'effet* de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires ».

Il résulte de cette disposition que l'effet de son obligation seul se trouve changé, mais non pas sa

nature, qui, malgré l'engagement solidaire de la caution, reste accessoire.

Les engagements du débiteur solidaire et de la caution, étant différents, on s'aperçoit combien peu est justifiée l'opinion qui voit dans l'article 2021 du Code civil un renvoi à l'article 1216.

Pour comprendre les dispositions de l'article 2021 Code civil, et surtout pour saisir l'allusion que cet article fait dans sa partie finale, il ne faut pas isoler les différentes dispositions qui s'y trouvent.

L'article 2021 dit « la caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur qui doit être préalablement discuté dans ses biens » ; c'est donc bien du bénéfice de discussion qu'il s'agit ; et, lorsque plus loin, l'article dit qu'en cas de renonciation de la caution à ce bénéfice, ou en cas d'engagement solidaire de la caution, « l'effet de son engagement se règle par les principes admis pour les dettes solidaires », il est évident que l'application de la solidarité à laquelle fait allusion l'article n'est relative qu'au bénéfice de discussion, duquel il est parlé au commencement de l'article, et rien de plus. Si l'on voulait voir une assimilation complète entre les hypothèses prévues par les articles 2021 et 1216, il faudrait dire alors que la caution, qui renonce au bénéfice des discussions, est un débiteur solidaire,

puisque, pour les deux cas prévus par l'article 2021, le législateur donne la même solution ; mais personne jusqu'à présent n'a osé aller jusque-là.

Nous sommes en droit de soutenir que, puisque la caution qui renonce à ce bénéfice, conserve quand même son caractère d'obligé accessoire, la caution solidaire doit aussi garder ce même caractère. Et si l'on veut absolument voir dans la disposition finale de l'article 2021 un renvoi à un texte déterminé de la section IV des *obligationssolidaires*, il paraît beaucoup plus admissible de le faire à l'article 1203 : C'est ainsi que MM. Aubry et Rau (tome IV, p. 675, note 7) interprètent la disposition finale de l'article 2021 : « Cette disposition, qui doit être entendue, *secundum subjectam materiam*, n'a d'autre objet, en effet, que de placer, au point de vue du droit de poursuite compétant au créancier, la caution solidaire sur la même ligne que le codébiteur solidaire, et de refuser à la première la faculté de se prévaloir, à l'instar de la caution simple, du bénéfice de discussion, dont ne jouit pas le second. C'est ce que prouvent, d'une part l'assimilation établie par l'article 2021 lui-même entre l'hypothèse où la caution se borne à renoncer à ce bénéfice, et celle où elle s'engage solidairement ; d'autre part, la corrélation que présente la disposition finale de cet article, avec l'article 1203, auquel elle se réfère visiblement. »

Cette opinion est conforme à celle de Pothier. De son temps, non seulement on ne considérerait pas la caution solidaire comme un codébiteur solidaire, mais même la question de savoir si la caution solidaire, lorsqu'elle n'avait pas spécialement renoncé aux bénéfices de discussion et de division, était privée de ces bénéfices était douteuse. C'est ce qui résulte d'un passage du *Traité des obligations*, de Pothier, page 228, n° 416 : « Lorsqu'il est porté par le cautionnement « que les cautions se sont obligées solidairement et comme débiteurs principaux », cette clause est-elle censée renfermer une renonciation à l'exception de division ? Ceux qui pensent que cette clause ne renferme pas une renonciation à l'exception de discussion doivent aussi penser qu'elle n'en renferme pas une à celle de division : mais les raisons qui nous ont porté à croire qu'elle renfermait une renonciation à l'exception de discussion, et que nous avons rapportées *supra* n° 408, nous portent aussi à croire qu'elle emporte la renonciation à celle de division. »

Ainsi donc, ni l'intention probable des parties, ni les textes, ni la tradition ne nous autorisent à considérer comme débiteur solidaire la caution qui, en cette qualité, s'engage solidairement. Son engagement reste accessoire ; elle demeure, malgré cette modalité, une caution ; l'effet de son

engagement solidaire consiste simplement à priver la caution des bénéfices de discussion et de division qui sont incompatibles avec son engagement. Cette opinion est enseignée par la majorité des auteurs modernes (1). A l'exception de l'arrêt précité de 1882, la jurisprudence adopte aussi cette opinion. Un arrêt du 18 juillet 1866 (D. 1866-1-326) se prononce avec toute la netteté désirable sur cette question. « Attendu... qu'il n'importe, d'ailleurs, que ce cautionnement soit solidaire, puisque cette solidarité ne change pas sa nature, et qu'elle modifie seulement ses effets », 13 novembre 1877, ch. reg. (D., 1878-1-300); Pau, 21 janvier 1884 (D., p. 85-277).

On pourrait nous objecter que la solution à laquelle nous nous sommes arrêtés ne cadre pas avec la tendance que nous avons signalée de l'assimilation du cautionnement et de la solidarité.

L'objection ne paraît pas fondée. S'il est exact, comme nous l'avons montré, que dans la pratique des affaires cette tendance se manifeste, il n'en résulte nullement que les cautions, dans un

(1) Guillouard. *Traité du Cautionnement et des Transactions*, p. 441, n° 425. — Marcel Fournier. *Op. cit.*, p. 26. — Colmet de Santerre. *Cours analytique de Droit civil*, t. VIII, p. 305, n° 272. — Laurent, *Droit civil*, t. XXVIII, p. 295, n° 297. — Baulry-Lacantinerie. *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XXI, p. 444, n° 919.

contrat de cautionnement solidaire, soient considérées comme des codébiteurs solidaires; tout au contraire, on pourrait tirer argument, en faveur de la thèse que nous soutenons, de ce que les parties n'ayant pas déterminé la nature de leur engagement dans le sens de la solidarité, alors qu'elles pouvaient le faire, ont entendu s'engager suivant la dénomination qu'elles prenaient dans le contrat, c'est-à-dire en qualité de cautions. Nous ajouterons que le titre de caution solidaire que la caution prend dans ce cas est suffisant pour déterminer l'intention des parties. Vouloir, d'après cette tendance, considérer la caution comme un codébiteur solidaire, c'est ériger l'interprète en législateur.

Effets du cautionnement solidaire.

Les effets du cautionnement solidaire sont différents suivant la position que l'on prend sur la controverse que nous venons d'exposer.

En effet, si l'on considère la caution solidaire comme un codébiteur solidaire, son obligation sera principale au même titre que celle du débiteur intéressé: il faudra donc lui appliquer les règles de la solidarité, et les effets du cautionne-

ment solidaire dans ce système seront ceux qui découlent des obligations solidaires.

Si au contraire on considère la caution solidaire comme une caution, son obligation n'est alors qu'accessoire, et ce sont les règles du cautionnement qu'il convient de lui appliquer toutes les fois que ces règles ne seront pas incompatibles avec son engagement solidaire impliquant, comme nous l'avons vu, renonciation de sa part aux bénéfices de discussion et de division.

Ces principes ainsi dégagés, une étude plus détaillée va nous permettre de voir quelles sont les divergences pratiques de ces deux thèses adverses, tant au point de vue des conditions d'existence et de l'étendue du cautionnement que de ses effets juridiques par rapport au créancier et de ses causes d'extinction.

Les effets du cautionnement solidaire au point de vue de l'existence et de l'étendue de l'engagement de la caution solidaire diffèrent suivant que l'on adopte l'une ou l'autre de ces deux opinions.

Dans la première, celle qui voit dans la caution solidaire un codébiteur solidaire, l'engagement de la caution étant principal, a une existence propre. L'obligation du débiteur principal peut être annulée, sans que celle de la caution disparaisse, de même elle continuera d'exister, si l'obligation principale ou pour mieux dire, celle du débiteur

seul intéressé à la dette (car dans cette hypothèse les deux obligations sont principales), a été contractée sous une condition venant à défaillir.

La même solution est donnée par l'opinion que nous avons adoptée dans le cas où l'obligation qui disparaît est celle de la caution car, dans ce système également, les liens qui unissent la caution et le débiteur principal sont différents ; mais cette solution n'est plus la même que dans le premier, lorsque c'est l'obligation du débiteur principal qui disparaît.

En pareille hypothèse, en effet, l'obligation de la caution disparaît aussi ; car cette obligation, en effet, est accessoire à celle du débiteur principal, par suite conformément à l'adage *accessorium sequitur principale*, elle n'a pas une existence propre, et suit la condition de l'obligation principale.

Au point de vue de l'étendue de l'engagement de la caution solidaire les deux systèmes engendrent des conséquences différentes.

Dans le premier, l'engagement de la caution peut être contracté sous des conditions plus onéreuses que celles faites au débiteur intéressé, puisque dans ce système cette obligation est considérée comme principale.

Dans le second, l'obligation de la caution ne peut pas être contractée à *duriores causam*, l'ar-

article 2013 dit, en effet : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, ou sous des conditions moins onéreuses », et la loi romaine nous donne la raison de cette disposition *nec plus in accessione esse potest quam in principali re* (§ 5, Inst. de fid., 3.21).

Par rapport au créancier, la situation de la caution solidaire est encore différente dans les deux systèmes. Elle est celle d'un codébiteur solidaire dans le premier ; d'une caution dans le second. Toutefois, au point de vue des poursuites de la part du créancier, la situation de la caution dans ces deux systèmes est la même ; elle résulte, pour le second système, de la renonciation par la caution aux bénéfices de division et de discussion (1).

En effet, que l'on considère la caution solidaire comme un codébiteur solidaire, ou comme une caution, cela est indifférent puisque, dans l'une et l'autre opinion, le créancier pourra poursuivre la caution avant le débiteur principal. Ce sera, dans le premier système, en vertu de l'article 1203.

(1) Le Code civil espagnol de 1889 dit expressément dans l'article 1831 que la caution ne peut pas opposer l'exception du bénéfice de division « lorsqu'elle s'est obligée solidairement avec le débiteur ».

« Le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division » ; dans le second, en vertu de la renonciation par la caution au bénéfice de discussion.

La même solution est donnée également dans les deux opinions sur le point de savoir jusqu'à concurrence de quelle somme le créancier peut poursuivre la caution. Il peut, dans les deux systèmes, agir contre la caution solidaire pour la totalité de la dette, et cela pour les mêmes raisons.

Mais, au point de vue des résultats que la poursuite du créancier entraînera, les solutions auxquelles on arrive sont différentes, selon les systèmes, ces différences résultent des principes généraux de la solidarité et du cautionnement.

Si l'on considère la caution solidaire comme un codébiteur solidaire, il convient de lui faire application du principe de représentation réciproque des codébiteurs solidaires, du mandat *ad perpetuandam vel ad minuendam, sed non ad augendam obligationem*.

Par conséquent, la poursuite du créancier contre le débiteur intéressé ou contre la caution, aura le même effet sur l'obligation de l'autre débiteur.

Ainsi, si le débiteur ou la caution laisse périr la

chose, objet de l'obligation, par sa faute, l'autre codébiteur sera tenu d'en payer le prix ; la demande d'intérêts adressée à l'un fera courir les intérêts contre l'autre. L'interruption de la prescription à l'égard de l'un, interrompra la prescription à l'égard de l'autre (articles 1205, 1206, 1207 Code civil).

Dans le système contraire, le principe du mandat réciproque n'existant pas, on ne peut appliquer à la caution les articles 1205, 1206, 1207, mais seulement les règles du cautionnement. Or, suivant que la poursuite est dirigée contre le débiteur, ou contre la caution, l'application de ces principes conduit à des résultats différents. En effet, la poursuite du créancier contre le débiteur principal produit sur l'obligation de la caution un effet analogue à celui que nous avons rencontré dans le premier système. Ainsi la prescription interrompue contre le débiteur principal sera également interrompue à l'égard de la caution (art. 2250 Code civil) ; de même la caution sera tenue de la faute du débiteur principal et des intérêts que le créancier a fait courir contre lui (art. 2016). Si au contraire la poursuite du créancier est dirigée contre la caution, le débiteur principal, à défaut du principe de représentation réciproque, ne peut pas être rendu responsable des conséquences de cette poursuite. Cette différence dans

la situation respective du débiteur principal et de la caution et des résultats de l'action du créancier, suivant qu'elle est intentée contre le débiteur ou contre la caution, est une application de la théorie de l'accessoire (1).

En ce qui concerne le débiteur intéressé, la situation à lui faite est la même dans les deux systèmes. Dans l'opinion qui considère la caution solidaire comme un débiteur solidaire à l'égard du créancier, on ne lui refuse pas la qualité de caution à l'égard du débiteur intéressé (art. 1216). Par conséquent, dans ses rapports avec le débiteur, la caution solidaire peut invoquer les principes du cautionnement dans l'une et l'autre opinion. C'est ainsi que, si elle a payé la dette du débiteur principal, elle aura recours contre le débiteur, suivant les articles 2028 et 2029 du Code civil, dans la première opinion, et dans celle qui l'assimile à un débiteur solidaire, en vertu de l'article 1216, Code civil. L'article 2032 peut être également invoqué par elle, car, même dans l'opinion qui la considère comme un codébiteur solidaire par rapport au créancier, elle est regardée comme caution vis-à-vis du débiteur; or, l'article 2032 Code civil, ne distingue pas entre les diverses cautions. Ce point ne fait pas de doute. « Qu'on

(1) M. Marcel Fournier. *Op. cit.*, p. 34.

regarde la caution solidaire comme un codébiteur solidaire quand il s'agit de régler ses rapports avec le créancier, à la rigueur on peut l'admettre. Mais, quand il s'agit de régler ses rapports avec le débiteur principal, elle reste certainement une caution et jouit par suite du bénéfice de l'article 2032 » (1).

Au point de vue de l'extinction du cautionnement solidaire, les divergences pratiques entre les deux systèmes sont plus nombreuses, et se manifestent aux différents points de vue de savoir :

a) Si la compensation peut être opposée par la caution solidaire ;

b) Quelles sont les exceptions personnelles appartenant au débiteur principal que la caution solidaire n'est pas admise à opposer ;

c) Si la caution solidaire qui est censée renoncer aux bénéfices de discussion et de division, n'est pas censée aussi renoncer aux exceptions contenues dans les articles 2037 et 2038, Code civil.

Reprenons chacun de ces trois points :

a) Supposons qu'une cause de compensation se produise au profit du débiteur seul intéressé, et voyons si la caution solidaire peut s'en prévaloir.

(1) M. Marcel Fournier. *Op. cit.*, p. 36. — Aubry et Rau, IV, p. 691, et auteurs cités. — Baudry-Lacantinerie. *Op. cit.*, p. 535, n° 1107. — Laurent, t. XXVIII, n° 162.

Elle le peut dans notre système puisqu'elle reste une caution et conformément à l'article 1294, Code civil : « La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal. Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. »

Elle ne le peut pas dans l'opinion adverse, puisqu'elle est un codébiteur solidaire et que conformément à l'article 1294 al. 3, « le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur ».

En effet, quoique la caution solidaire soit considérée comme une caution dans ses rapports avec le débiteur principal (art. 1216, C. civ.) elle reste à l'égard des créanciers un codébiteur solidaire, par suite la compensation intervenant entre le débiteur et le créancier, ce sont les règles qui régissent ces rapports qui doivent être appliquées. (Marcadé, t. IV, p. 683, n° 840).

Nous croyons cependant que, même dans l'opinion qui traite la caution solidaire comme au codébiteur solidaire par rapport au créancier, il faut lui permettre d'opposer la compensation du chef du débiteur principal.

En effet si la caution solidaire reste une caution par rapport au débiteur principal, il s'agit de

savoir si la règle établie par l'art. 1294 à l'égard des débiteurs solidaires, intéresse le créancier, ou seulement les codébiteurs : à notre sens l'art 1294 s'applique à la caution solidaire ; en effet, entre coobligés l'article 1216 reconnaît la qualité de caution à celui qui s'est engagé pour autrui solidairement ; par conséquent on doit appliquer à celui-ci l'alinéa premier de l'art. 1294.

Or, il est certain que c'est l'intérêt des codébiteurs, et non celui du créancier qui a déterminé la disposition finale de l'art 1294 ; sans elle l'égalité de situation des codébiteurs solidaires vis-à-vis du créancier serait rompue.

M. Colmet de Santerresoutient cette solution au n° 246 bis IV : « Il y a des engagements, dit-il, qui participent à la fois de la nature des obligations solidaires et de la nature du cautionnement : ce sont les engagements des cautions solidaires, et il résulte de cette nature mixte de l'engagement qu'on peut être embarrassé de savoir s'il faut, quant à la compensation, traiter les obligés comme des cautions qui peuvent invoquer la compensation du chef de leur coobligé, débiteur principal, ou comme des codébiteurs solidaires qui n'ont pas ce droit. La solution de cette question doit se trouver dans les articles qui parlent de ces obligés : l'article 1216, qui, par rapport au codébiteur, seul intéressé à la dette, reconnaît à la cau-

tion solidaire son caractère propre de caution ; et l'article 2021, qui soumet l'engagement de la caution solidaire aux règles établies pour les dettes solidaires. Ces deux articles paraissent se contredire ; mais le dernier, ne parlant que de l'engagement, et cela, dans le chapitre sur l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution, ne préjuge rien sur l'effet du cautionnement solidaire par rapport au débiteur principal, et laisse, par conséquent, intacte la décision de l'article 1216. Or, si la caution solidaire doit être traitée comme caution par rapport au débiteur, et comme débiteur solidaire par rapport au créancier, il s'agit de savoir, pour résoudre la difficulté qui nous occupe, si la règle de l'article 1294 sur la compensation, intéresse le créancier ou le codébiteur. D'après les motifs que nous avons donnés de l'article 1294, 3^e alinéa (V. *supra*, 1426 *bis* II et III), c'est l'intérêt du codébiteur solidaire et non pas celui du créancier qui a motivé l'interdiction de la compensation ; il ne faut pas qu'un des codébiteurs soit nécessairement condamné à faire l'avance de toute la somme due, tandis qu'il a compté avoir un certain nombre de chances pour que cette avance fût imposée à ses codébiteurs : il ne faut pas qu'un codébiteur soit engagé malgré lui par son codébiteur dans des procès désagréables sur l'existence de sa prétendue créance.

Ces raisons sont toutes dans l'intérêt des codébiteurs solidaires, et ce n'est pas l'intérêt du créancier qui est cause de l'interdiction de compenser. Dès lors, puisque la caution solidaire n'est pas, dans ses rapports avec son coobligé, un débiteur solidaire, puisqu'elle est une caution, il ne faut pas lui appliquer la règle de l'article 1294 appliquée aux débiteurs solidaires, mais celles qui, dans cet article, régit la situation des cautions » (1).

b) Au point de vue de savoir quelles sont les exceptions que la caution solidaire est admise à opposer au créancier, les solutions qui sont données dans les deux systèmes diffèrent sur l'interprétation à donner des articles 1208 et 2036. Le sens de l'expression, « exceptions purement personnelles », n'est pas le même dans les deux articles ; elles s'entendent d'une manière plus étroite en matière du cautionnement qu'en matière de solidarité. Ainsi d'après l'interprétation de l'article 1208, les vices de consentement de l'un des débiteurs constituent à son égard une exception purement personnelle qu'un autre des codébiteurs ne pourrait pas invoquer ; au contraire, d'après l'art. 2036, la caution peut se prévaloir du vice de consentement qui

(1) *Cours analytique de droit civil*, t. V. — Aubry et Rau, § 423 et 428. Demolombe, t. XXVIII, p. 449. — Marcel Fournier. *Loc. cit.*, p. 38. — Baudry-Lacantinerie. *Op. cit.*, n° 1158.

entache de nullité l'obligation du débiteur principal. Dans l'article 1208, l'expression *purement personnelles* se rapporte aux causes de nullité fondées sur l'incapacité, tandis que dans l'article 2036 elle comprend en outre les exceptions fondées sur un vice de consentement, dol, erreur, violence.

Par conséquent, dans l'opinion qui considère la caution solidaire comme un codébiteur solidaire, on fera application de l'art. 2208 ; tandis que dans la nôtre, la caution aura le droit d'opposer au créancier toutes les exceptions qui ne sont pas réservées par l'article 2036 ; la caution solidaire étant une caution, doit par conséquent profiter de tous les avantages, accordés à la caution ordinaire, qui ne sont pas incompatibles avec son engagement solidaire (1).

C'est pour la même raison que nous admettrions que la disposition de l'article 2038 est applicable à la caution solidaire. En effet, l'article 1038, aux termes duquel « l'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé », contient une application parti-

(1) Guillouard. *Cautionnement*, n° 231. Laurent, t. XXVIII, n° 297.

culière du principe consacré par l'article 1281, alinéa 2 : « La novation opérée à l'égard du débiteur principal, libère les cautions. » Or, si la dation en paiement éteint le cautionnement ordinaire, elle éteint aussi le cautionnement solidaire, contrat accessoire ; car si la caution solidaire renonce aux bénéfices de discussion et division, rien ne fait prévoir qu'elle ait entendu renoncer aussi au bénéfice de l'article 2038 (1). Le système opposé n'admet pas cette interprétation.

Nous arrivons maintenant à la question la plus discutée en matière de cautionnement solidaire.

La caution solidaire peut-elle, suivant l'article 2037 du Code civil, invoquer sa décharge vis-à-vis du créancier, quand ce dernier ne peut plus, par son fait, la subroger dans les droits, privilèges et hypothèques qui accompagnaient la créance ; en d'autres termes, la disposition de l'article 2037 est-elle applicable en matière de cautionnement solidaire ?

Il est certain que la question ainsi posée ne peut recevoir une solution unique dans les deux opinions que nous avons exposées sur la nature juridique du cautionnement solidaire.

(1) Cass., 10 mai 1858. S. 59. 1. 464. Laurent, t. XXVIII, n° 280 et 281. Aubry et Rau, t. IV, p. 693, § 429, note 6. Marcel Fournier. *Op. cit.*, n° 40.

Pour celle qui considère la caution solidaire comme un débiteur solidaire par rapport au créancier, la solution dépend de la question de savoir si les codébiteurs solidaires peuvent invoquer le bénéfice de l'article 2037. Or, ce point ne va pas sans difficultés. En effet les auteurs sont divisés ; mais la jurisprudence tient d'une façon constante pour la négative. On peut distinguer dans la doctrine deux systèmes opposés.

Le premier soutient que le codébiteur solidaire peut invoquer l'article 2037, et admet par suite la même opinion en ce qui concerne la caution solidaire (1).

Cette opinion s'appuie sur l'autorité de Pothier qui accordait au codébiteur solidaire l'exception *cedendarum actionum*. « Lorsque plusieurs personnes contractent une obligation solidaire, elles ne s'obligent chacune au total de la dette, que dans la confiance qu'elles pourront avoir recours les unes contre les autres en payant le total. C'est pourquoi, lorsque le créancier par son fait les a privées de ce recours, en se mettant hors d'état de pouvoir céder les actions contre l'une d'elles qu'il a déchargée, il ne doit pas être admis à agir soli-

(1) En ce sens, Toullier, t. VII, n° 472. Duranton, t. XVIII n° 382, note 1. Delvincourt, t. II, p. 441, n° 3. Rodière. *De la solidarité*, n° 454.

dairement contre les autres, si ce n'est sous déduction des portions pour lesquelles elles auraient recours contre celle qu'il a déchargée » (1). C'est à cette source, disent les auteurs de cette opinion, que les rédacteurs du Code civil ont puisé, et il est peu probable qu'ils aient ici abandonné leur guide habituel.

On ajoute d'ailleurs des arguments de textes. Le Code civil, dit-on, dans son article 1251, 3^e alinéa, accorde au débiteur solidaire qui paye, la subrogation aux droits et actions du créancier contre ses codébiteurs; or, ce n'est qu'en considération de cette subrogation que les codébiteurs s'engagent solidairement; dès lors, il serait injuste que le créancier pût les en priver. Quant à l'argument tiré de ce que l'article 2037 est relatif aux cautions, les partisans de cette opinion répondent en disant que le codébiteur solidaire en somme n'est débiteur que pour la part qu'il doit supporter dans la dette, et que pour le reste il n'est que caution; que d'ailleurs c'est ainsi que s'exprime l'article 1216, et que par conséquent il doit être traité à ce point de vue comme une caution.

2^o Le second système soutient la négative; c'est celui de la majorité des auteurs et de la jurisprudence, et il nous semble le plus logique (2).

(1) Pothier. *Op. cit.*, 557.

(2) Dans ce sens, Larombière, art. 1208, n^o 4. Aubry et Rau, IV,

En effet, si l'article 1251, alinéa 3, est conçu en termes généraux, s'il embrasse à la fois et le débiteur solidaire et la caution, il n'en reste pas moins vrai que l'article 2037 est spécial, qu'il ne vise que la caution, quoiqu'il ne soit qu'un corollaire de la subrogation. Sa disposition est exceptionnelle ; elle contient une déchéance à l'encontre du créancier, et il est de principe qu'on ne peut pas étendre des dispositions contenant des déchéances à des cas que le législateur n'a pas spécialement prévus. En outre, même à défaut de ce principe d'interprétation, cette assimilation de la caution et du débiteur solidaire ne peut pas se soutenir, et l'on comprend que le législateur ait pris soin, au titre *du cautionnement*, de renouveler la disposition de l'article 1251, dans l'article 2029 et d'y ajouter celle de l'article 2037 : Celui qui s'engage pour un tiers mérite en effet plus de protection, et c'est le cas de la caution, bien plus que celui du débiteur solidaire qui souvent s'engage dans son propre intérêt. La jurisprudence est constante sur cette question. On peut citer pourtant en sens contraire deux arrêts, mais ils sont

698, § 429, note 21 et p. 35. § 298 *ter*, note 47. Guillouard, n° 245. Laurent, t. XXVIII, p. 305. M. Colmet de Santerre, t. VIII, p. 307 et 308, n° 72 *bis*. M. Boistel. *Précis de droit commercial*, n° 798 p. 545 et n° 828, p. 570.

assez vieux : l'un de la Cour de cassation du 13 février 1816 (S. 16, 1327), et l'autre de la Cour de Nîmes du 3 décembre 1819 (S. 20. 2. 122). Sous cette réserve, toutes les décisions de la jurisprudence sont en faveur de la seconde opinion : V. notamment. Cass. 5, décembre 1843 (S. 44.1.71) ; 16 mars 1852 (S. 52.1.104) ; 18 février 1861 (S. 61.1.658. D. 61.1.153) ; 3 avril 1861 (S. 61.1.986).

Dans l'opinion que nous avons adoptée, qui considère la caution solidaire comme une caution même par rapport au créancier, on est d'accord tant en doctrine qu'en jurisprudence pour reconnaître à la caution solidaire la jouissance du bénéfice de l'article 2037. Pourtant cette solution admise aujourd'hui sans contestation, a été combattue longtemps par un grand jurisconsulte dont l'autorité était considérable autrefois.

Troplong en effet a soutenu que la caution solidaire, même considérée comme une caution, ne pouvait pas bénéficier de l'article 2037 Code civil.

Dans son système, qui fut adopté par quelques cours d'appel (1), la disposition de l'article 2037 ne constituerait pas le corollaire, la sanction de l'article 2029, ne se rattacherait en rien à la subrogation ; elle constituerait simplement la sanction du bénéfice de discussion.

(1) Rennes, 49 mars 1811. Rouen, 7 mars 1818. Colmar, 11 mars 1833. Limoges, 24 mai 1833. Bourges, 6 juillet 1837.

La conclusion de ce système est qu'il faut refuser le bénéfice de l'article 2037 à tous ceux qui ne peuvent invoquer le bénéfice de discussion, et c'est ainsi que Troplong était amené à le dénier au débiteur solidaire, à la caution solidaire, à la caution judiciaire, à la caution d'une caution judiciaire.

Pour soutenir son opinion, Troplong invoque le droit romain, et dit que l'exception *cedendarum actionum* ne saurait être regardée comme l'origine de l'article 2037, car le fidéjusseur, avant l'introduction du bénéfice de discussion par la nouvelle IV de Justinien, ne pouvait exiger du créancier la subrogation à ses droits et actions du créancier que dans l'état où ceux-ci se trouvaient au moment du paiement. Ce n'est, d'après lui, qu'avec l'introduction du bénéfice de discussion, que le fidéjusseur put exiger la conservation de ses droits et actions, et contraindre le créancier de ne rien faire qui fût de nature à priver le fidéjusseur directement ou indirectement du bénéfice qui était accordé par la nouvelle IV. C'est par ce raisonnement que Troplong arrive à considérer l'article 2037 comme ayant sa source dans le bénéfice de discussion. « Telle est la véritable source du point de droit déposé dans l'article 2037. Il n'est pas le pur corollaire de l'obligation où est le créancier de céder ses actions contre le débiteur principal. Car

nous venons de voir qu'avant Justinien cette obligation existait, et cependant il suffisait au créancier de céder ses actions telles quelles..... Ce n'est que depuis l'introduction du bénéfice de discussion et par l'effet de cette innovation qu'il en fut autrement » (1).

Après avoir déterminé ainsi l'origine de l'article 2037, Troplong dit que les rédacteurs du Code civil, ayant admis le bénéfice de discussion, ont aussi admis ses effets. Par conséquent, aujourd'hui comme du temps de Justinien, la décharge ne peut être invoquée que par ceux-là qui ont droit au bénéfice de discussion.

Cette opinion est abandonnée aujourd'hui complètement par la jurisprudence et par la doctrine. Tout le monde est d'accord pour considérer l'article 2037, aux termes duquel « la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution », comme la sanction de la subrogation légale par laquelle le Code civil a remplacé la cession d'actions. Le législateur, établissant cette subrogation légale en faveur de la caution (art. 2029), il lui restait à en assurer l'efficacité ; et, pour cela, il lui fallait empêcher le créancier de rendre cette

(1) Troplong, du *Cautionnement*. p. 472, n° 534.

subrogation illusoire : aussi a-t-il décrété l'article 2037. Chercher, comme le fait Troplong, la raison d'être de l'article 2037 dans le bénéfice de discussion, c'est méconnaître complètement l'intention du législateur, intention qui résulte et du texte de l'article 2037 et de l'exposé des motifs.

Si, comme lesoutient Troplong, l'exception *cedendarum actionum* était, en droit romain, le corollaire du bénéfice de discussion, il ne s'ensuit nullement qu'elle ait conservé ce caractère dans le droit moderne. Les rédacteurs du Code civil, certes, se sont inspirés, dans leur rédaction, du droit romain, mais pas d'une façon unique ; la tradition a été aussi un facteur important et même, en cette matière spéciale, déterminant.

Or, la tradition est contraire à l'opinion de Troplong ; Pothier, qui impose au créancier l'obligation de conserver ses droits et actions, considère cette obligation comme la conséquence de la subrogation à laquelle a droit le fidéjusseur lorsqu'il le paye. « Néanmoins, il faut décider que lorsque le créancier s'est mis, par son fait, hors d'état de pouvoir céder au fidéjusseur ses actions, soit contre les autres fidéjusseurs, soit parce qu'il a par sa faute laissé donner congé de sa demande contre eux, le fidéjusseur peut, *per exceptionem cedendarum actionum*, faire déclarer le créancier non recevable en sa demande, pour ce qu'aurait pu

procurer au fidéjusseur la cession d'actions que le créancier s'est mis hors d'état de pouvoir lui céder » (1).

En admettant par hypothèse que l'argumentation que Troplong tire du droit romain soit exacte, ce qui n'est guère probable, puisque le *mandator pecunie credendæ* jouissait avant l'introduction du bénéfice de discussion, de l'exception *cedendarum actionum*, est-il prouvé que les rédacteurs du Code civil ont entendu consacrer la thèse romaine ?

Nous croyons, au contraire de ce que soutient Troplong, que c'est plutôt dans les travaux préparatoires, qu'il faut chercher la réponse à la question de savoir si l'art. 2037 constitue un corollaire du bénéfice de discussion, ou de la subrogation. Or, les travaux préparatoires sont concluants sur ce point. Dans l'exposé des motifs, c'est la doctrine et les arguments de Pothier qui sont invoqués. Treilhard dit au corps législatif : « Nous avons vu que le paiement fait au créancier devait opérer une subrogation de droit au profit de la caution. Le créancier n'est donc plus recevable à la poursuivre, quand par son fait, il s'est mis dans l'impossibilité d'opérer cette subrogation. » La même pensée se trouve dans le discours du tribun Chabot :

(1) Pothier. *Op. cit.*, n° 557.

« Quand le créancier s'est mis hors d'état de faire à la caution la subrogation de ses droits et hypothèques, la caution est déchargée ; alors elle n'aurait plus un recours aussi assuré contre le débiteur, et il est juste que le créancier s'il veut la contraindre à lui payer la dette, lui confère tous ses droits contre le principal obligé » (1).

Nous croyons inutile de poursuivre plus loin la démonstration, car, Troplong lui-même reconnaissait d'ailleurs qu'il était sur ce point en contradiction avec les paroles de Treilhard, et il s'en excusait en disant : « M. Treilhard n'a pas mis le doigt sur la source la plus reculée de l'article 2037 » (2).

Des travaux préparatoires, il ressort donc que l'article 2037 s'explique par la logique et l'équité, c'est-à-dire par les mêmes motifs que les rédacteurs ont trouvés dans les écrits de Pothier.

D'ailleurs si l'opinion de Troplong était admise aujourd'hui elle conduirait à la suppression complète de l'article 2037 Code civil.

En effet, nous avons vu que dans la pratique des affaires les cautions renoncent presque toujours au bénéfice de discussion ; par conséquent en

(1) Fenet. *Travaux préparatoires sur l'art. 2037*, t. XV, p. 45, 59 et 87.

(2) Troplong, *Op. cit.*, même endroit.

adoptant cette théorie, la caution étant dépourvue du bénéfice de discussion, ne pourrait pas non plus invoquer l'article 2037, ce qui conduit, comme nous le disions, au point de vue pratique, à la nullité de cette disposition.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

L'évolution moderne des sûretés personnelles et les formes qu'elles revêtent constituent, croyons-nous, un signe certain de la transformation en train de s'accomplir en matière de garantie personnelle, transformation qui consistera dans le remplacement du cautionnement par la solidarité.

Cette transformation est facilitée, d'abord par les causes que nous avons indiquées, et ensuite par l'évolution économique des sociétés modernes.

Dans l'état économique des sociétés modernes, les activités individuelles, au lieu d'agir isolément se recherchent ; les individus se groupent, s'associent en vue d'une affaire à accomplir ; la production, d'individuelle est devenue collective ; c'est à cette évolution économique que répond, dans le domaine juridique, la constitution des sociétés.

Il est tout naturel, que le crédit qui est l'âme de cette production, se transforme lui aussi ; et que, d'individuel, il devienne collectif : c'est ainsi que les individus se groupent pour obtenir un crédit dont ils ont besoin, et qu'individuellement ils ne pourraient se procurer. Or, à cette tendance

moderne, c'est la solidarité qui répond le mieux dans l'ordre juridique à cause des avantages qu'elle présente.

Au point de vue de ceux qui s'obligent, elle augmente leur crédit personnel; à l'égard du créancier, elle lui évite des recherches souvent très difficiles sur la solvabilité de tous les codébiteurs.

Si cette évolution n'est pas complètement terminée de nos jours, c'est que, en pratique, on ne trouve pas dans la solidarité telle que le législateur du Code civil l'a établie, une solution qui soit également satisfaisante pour les deux intéressés en cause. En effet, si la solidarité est avantageuse pour le créancier, elle est loin de l'être pour le débiteur.

Celui qui s'engage solidairement avec d'autres pour la dette d'un tiers, suivant les principes de la solidarité, répond non seulement de l'inexécution de l'obligation du tiers, mais aussi de la faute ou de la demeure de ses codébiteurs (articles 1205, 1206, 1207, C. civ). Or, si on analyse ces articles, on est pénétré de suite de l'énorme responsabilité qui pèse sur le codébiteur solidaire, on voit combien son obligation est onéreuse.

La charge d'une pareille responsabilité ne peut se concevoir, en pratique, que dans l'hypothèse où plusieurs personnes s'engagent pour une affaire

commune, que dans le cas où elles sont liées entre elles par un intérêt commun et quand elles ont les unes dans les autres une confiance réciproque parfaite. Il semble que le législateur n'ait pas eu en vue l'emploi de la solidarité comme sûreté personnelle lorsqu'il l'a établie dans le Code.

Aussi, s'arrête-t-on, dans la pratique des affaires civiles, de préférence aux formes de garanties que nous avons décrites, renonciation aux bénéfices et cautionnement solidaire.

Sous ce rapport, la solidarité, telle qu'elle existe dans le nouveau Code civil allemand, c'est-à-dire abstraction faite de cette idée d'une société entre les codébiteurs solidaires qui est la base des articles 1205, 1206, 1207 du Code civil français, constitue, croyons-nous, la solution qui est destinée à compléter cette évolution dans le sens de l'application de plus en plus fréquente de la solidarité comme sûreté personnelle en matière civile.

Vu : Le Doyen,
GLASSON.

Vu : Le Président de la Thèse,
SALEILLES.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Page
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

Evolution des sûretés personnelles dans le droit romain et dans l'ancien droit français.

CHAPITRE I ^{er} . — <i>Confusion de la solidarité et du cautionnement dans le droit romain.</i> . . .	9
CHAPITRE II. — <i>Séparation du cautionnement de la solidarité.</i>	16
CHAPITRE III. — <i>Les sûretés personnelles dans l'ancien droit.</i>	29
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.	42

DEUXIÈME PARTIE

	Pages
Evolution des sûretés personnelles dans le droit moderne	47
 CHAPITRE I ^{er} . — <i>Causes qui déterminent l'évolution des sûretés personnelles favorable à l'application de la solidarité</i>	 51
§ 1. — Influence des sûretés réelles.	51
§ 2. — Influence de la vie commerciale sur la vie civile	54
§ 3. — De l'atténuation des effets de la solidarité par l'interprétation du mandat de représentation entre codébiteurs.	58
 CHAPITRE II. — <i>Formes actuelles sous lesquelles se manifeste l'évolution des sûretés personnelles favorable à l'application de la solidarité.</i>	 105
§ 1. — Engagement solidaire	106
§ 2. — Cautionnement solidaire entre caution.	106
§ 3. — Renonciation aux bénéfices.	108
§ 4. — Du cautionnement solidaire et de sa nature juridique	109
 CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	 144

Le Mans — Association Ouvrière (Mauboussin, Jobidon et C^{ie}.) 5, rue du Porc-Epic
